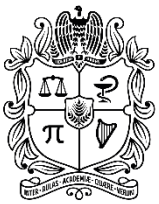


UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Derechos sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental. Limitación parental.

Sara Alejandra Pérez Garzón

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2018

Derechos sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental. Limitación parental

Sara Alejandra Pérez Garzón

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:

Magíster en Derecho

Directora:

Doctora Rosa Elizabeth Guio Camargo

Codirector:

Doctor Luis Arturo Suarez Pacheco

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2018

A Víctor, Constanza, Diego, Alejandro, Argenis e Hipolito gracias por su amor y apoyo incondicional.

Agradecimientos

Agradezco especialmente a la doctora Elizabeth Guio Camargo, gracias a su acompañamiento constante esta tesis es hoy una realidad.

Resumen

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño ratificada en 1991 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada en 2011, reconocen a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad mental como sujetos de derecho, activos integrantes de la sociedad y, por lo tanto, titulares de una capacidad progresiva para el ejercicio de los mismos. Con lo anterior se afirma que los niños niñas y adolescentes en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos, y entre ellos, de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales deben poder ejercer de acuerdo con su desarrollo progresivo de forma libre y en igualdad de condiciones que cualquier otra persona.

Esta tesis busca establecer si los derechos sexuales y reproductivos de los niños niñas y adolescentes en situación de discapacidad mental y su capacidad para ejercerlos se ve limitada por sus padres en virtud de las instituciones de potestad parental, patria potestad, prórroga de la patria potestad e interdicción en su interpretación tradicional.

Lo anterior con el fin de señalar las falencias de la normatividad vigente y proponer una interpretación normativa que se ciña a lo exigido por las normas integrantes del bloque Constitucionalidad.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, capacidad jurídica, desarrollo progresivo, potestad parental, patria potestad, interdicción.

Abstract

The United Nations Convention on the Rights of the Child, ratified in 1991, and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified in 2011, recognize children and adolescents with mental disability as subjects with rights and active members of society, who are thus holders of a progressive capacity to exercise those rights. Therefore, children and adolescents with mental disability are subjects with rights, among them sexual and reproductive rights, which they must be able to exercise in accordance with their free development and on equal terms, as any other person.

This thesis seeks to establish if the sexual and reproductive rights of children and adolescents with mental disability, as well as their ability to exercise these rights, are limited by their parents under the institutions of parental authority, custody, extension of parental authority, and interdiction, as traditionally interpreted.

The purpose of the foregoing is to point out the shortcomings of the current regulations and to propose a normative interpretation that meets the requirements of the norms of the block of Constitutionality.

Keywords: Bloc de constitutionnalite, capacity, progressive development, parental authority, interdiction

CONTENIDO

1 Introducción:....1

2 Los NNA en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos sexuales y reproductivos....3

2.1 Bloque de Constitucionalidad....4

2.1.1 Concepto....4

2.1.2 Convenciones Internacionales y normas nacionales sobre NNA y personas en situación de discapacidad mental. 7

2.1.3 Los derechos de los NNA en situación de discapacidad en la legislación interna colombiana 11

2.2 Los NNA y las personas en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos....23

2.2.1 NNA como sujetos de derecho....23

2.2.2 Personas en situación de discapacidad mental como sujetos de derecho 27

2.3 Qué son y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos....32

2.3.1 Derechos sexuales y reproductivos....32

2.3.2 Derecho a formar una familia....35

3 Capacidad jurídica....41

3.1 Capacidad de goce y capacidad de ejercicio....42

3.1.1 Personas capaces....43

3.1.2 Personas incapaces....43

3.2 Capacidad progresiva de ejercicio....45

3.3 Proyecto de ley 027 de 2017 de la Cámara de Representantes....48

4 Restricción de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental por parte de sus padres ¿Cómo y hasta dónde? Una propuesta de interpretación....51

4.1 Restricción de los padres a los hijos: patria potestad, potestad parental y prorroga de la patria potestad....51

4.2 La restricción de la capacidad de las personas en situación de discapacidad mental: medida de interdicción 63

4.3 Restricción de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental. 69

4.4 Propuesta de interpretación 85

5 Conclusiones....86

6 Referencias....88

ÍNDICE DE TABLAS:

Tabla 1. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental, en la Convención de los Derechos del Niño 7

Tabla 2. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 9

Tabla 3. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en otros instrumentos internacionales 10

Tabla 4. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en la Constitución Política de Colombia. 12

Tabla 5. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en el Código de la Infancia y la Adolescencia. 14

Tabla 6. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en la ley 1306 de 2009. 18

Tabla 7. Conceptos de patria potestad y potestad parental en la jurisprudencia y la doctrina colombiana.....52

Tabla 8. Evolución jurisprudencial del enfoque de los Derechos de los Niños Niñas y Adolscentes Frente a sus Padres 62

Tabla 9. Resumen posiciones del actor, los intervinientes, y la Corte Constitucional en la sentencia C 182 de 2016 77

INDICIE DE FIGURAS

Figura 1. Derechos y obligaciones de los padres frente a los hijos 52

Lista de abreviaturas

Abreviatura	Término
NNA	Niños, niñas y adolescentes
CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

1 Introducción:

Con la entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (en adelante CDN) ratificada por Colombia en la Ley 12 de 1991 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009 y ratificada en el año 2011 los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en situación de discapacidad mental[1] pasan de ser objetos de protección tratados modelos y paradigmas que los alienaban y controlaban a ser sujetos de derecho, activos integrantes de la sociedad y por lo tanto, titulares de una capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos. Entre estos derechos, de los que los NNA son sujetos se encuentran los derechos sexuales y reproductivos, un grupo especial de derechos que versan sobre la libertad y la autonomía sexual y reproductiva y buscan que cada individuo, sin discriminación alguna, cuente con la información y las herramientas necesarias para tomar decisiones, autónomas, libres de violencia, discriminación o coerción.

Esta tesis indaga sobre cómo la capacidad que tienen los NNA en situación de discapacidad para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, en virtud de las convenciones señaladas, se ve limitada por sus padres en virtud de instituciones contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano (potestad parental, patria potestad, prórroga de la patria potestad e interdicción), las cuales, en el entendimiento tradicional,

[1] Los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad mental son la población objeto de esta investigación, se habla de niños, niñas y adolescentes, y no de "menores" o simplemente "niños" y de personas en situación de discapacidad mental y no de "dementes" "interdictos" "minusválidos", lo anterior debido a que esta terminología incluyente, y no sexista se aparta de aquella peyorativa enmarcada en modelos y paradigmas que conciben a los niños y a las personas en situación de discapacidad como incompletas, anormales, menos valiosas o personas enfermas con menos derechos que debían ser excluidas, y que con el uso del lenguaje refuerzan la discriminación y la exclusión en su contra.

esto es, sin reconocer a los NNA situación de discapacidad como sujetos de derecho, violan los derechos reconocidos constitucionalmente a este grupo de personas.

En síntesis, esta investigación pretende responder a la pregunta ¿El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, reconocidos tanto en la CDN como en la CDPD, pueden verse afectados por la interpretación tradicional de las instituciones de patria potestad, potestad parental, prórroga de la patria potestad e interdicción contempladas en la ley colombiana?

Para resolver este interrogante es necesario inicialmente, exponer qué normas integran el bloque de constitucionalidad en la materia, a continuación presentar a los NNA y a las personas en situación de discapacidad como sujetos de derechos, señalar particularmente qué son y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos que tienen, para así analizar la capacidad jurídica que tiene este grupo de personas y presentar la capacidad progresiva como alternativa para su regulación, enseguida problematizar la restricción de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental presentando las instituciones de potestad parental (que en su interpretación tradicional permite que los padres utilicen su facultad de educación guía u orientación y corrección para restringir los derechos de sus hijos), patria potestad (que contiene el derecho de representación legal, que interpretado aisladamente permite a los padres tomar decisiones por sus hijos, aún en contra de su voluntad), prórroga de la patria potestad (que cuando opera, permite a los padres seguir teniendo facultades y derechos sobre sus hijos) e interdicción (que limita completa y permanentemente la capacidad de ejercicio de las personas a las que se les impone).

Todo lo anterior con el fin de señalar las falencias de la normatividad vigente y proponer una interpretación normativa que se ciña a lo exigido por las normas integrantes del bloque constitucionalidad. Esta interpretación, esencialmente, consiste en que las instituciones señaladas, que generalmente son entendidas y aplicadas de forma aislada, sean interpretadas a la luz de los principios contemplados en la CDN, la CDPD y en general todas las normas que reconocen a los NNA en situación de discapacidad mental como sujetos de derecho.

2 Los NNA en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos sexuales y reproductivos

El reconocimiento de los NNA en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos en general, y de derechos sexuales y reproductivos en particular, es consecuencia de la adopción, dentro de instrumentos internacionales como la CDP y la CDPD, de nuevos modelos y paradigmas para entender a este grupo poblacional como activos integrantes de la sociedad y por lo tanto, titulares de una capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos.

Por lo tanto, en el primer apartado de este capítulo se estudiará qué es y cómo se conforma el bloque de constitucionalidad, herramienta metodológica para comprender el sentido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental; para luego, en el segundo apartado puntualizar en la forma en que los instrumentos internacionales que forman parte de este bloque de constitucionalidad reconocen a los NNA y a las personas en situación de discapacidad en general, y particularmente a los NNA en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos. Finalmente, en el tercer apartado se presentará el concepto de derechos sexuales y reproductivos, de los que son sujetos los NNA en situación de discapacidad mental, cuáles son y cómo se ejercen estos derechos. Lo anterior para concluir que los NNA en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos sexuales y reproductivos reconocidos en normas internacionales (que tienen fuerza constitucional) y nacionales, con lo cual surge una obligación para la familia, la sociedad y el Estado de garantizarles el goce integral de estos derechos.

2.1 Bloque de Constitucionalidad

2.1.1 Concepto

Este concepto, ampliamente desarrollado a través de la jurisprudencia colombiana, es definido por Rodrigo Uprimny Yepes (2001), como “normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto Constitucional” (pág. 2), así pues, existen otras normas con relevancia constitucional además de las plasmadas en el texto de la Constitución.

Precisando, "Por Bloque de Constitucionalidad puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental.” (Niño & Romero, 2005, pág. 9)

En el país se ha trabajado y avanzado en el concepto de bloque constitucionalidad a través de la jurisprudencia y desde la Constitución del 1991, que en sus artículos 53, 93, 94 y 214 “confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos.” (Uprimny, 2001, pág. 13)

Por ejemplo, en la sentencia T 477 de 1995 la Corte Constitucional (1995) reconoce el derecho a la identidad de un niño, utilizando los Tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; en la citada sentencia la Corte afirma que “Determinado el rango supra constitucional de los pactos internacionales ratificados por el Congreso, se concluye que es deber del Estado colombiano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.” (pág. 42)

La Corte, jurisprudencialmente propuso la distinción entre bloque de constitucionalidad en sentido lato y bloque de constitucionalidad en sentido estricto; esto para “justificar la inclusión de normas no Constitucionales en el bloque” (Gutiérrez, 2007, pág. 34).

El bloque de Constitucionalidad en sentido estricto está integrado por aquellas normas que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (Corte Constitucional, 1998, pág.17), las normas que sin lugar a duda integran este bloque son:

> (i) el Preámbulo, (ii) el articulado Constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia

> que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente." (Uprimny, 2001, pág. 34).

Por su parte, el bloque de Constitucionalidad en sentido lato está conformado por aquellas normas que "a pesar de carecer de dignidad constitucional comparten con las disposiciones superiores la función de servir como referencia para medir la corrección Constitucional de la ley" (Gutiérrez, 2007, pág. 34).

> Así, existen normas que sin lugar a dudas forman parte del bloque en sentido estricto, como el propio texto Constitucional, los convenios que delimitan el territorio colombiano, los tratados de derecho humanitario y las normas internacionales que regulan derechos humanos intangibles; igualmente es claro que para formar el bloque en sentido lato, hay que agregar a las anteriores normas ciertas leyes orgánicas y al menos la ley estatutaria de estados de excepción. (Uprimny, 2001, pág. 26)

Por lo cual las normas internacionales citadas en este trabajo deben hacer parte del bloque de Constitucionalidad (bien en sentido estricto, o bien en sentido lato) para ser de obligatorio cumplimiento. No basta, entonces, con que sean normas de carácter internacional.

> Para la Corte, entonces, la regla internacional no prima porque sea internacional sino porque deviene Constitucional. Solo en la medida en que el derecho internacional haga pare del bloque de Constitucionalidad, esto es, de la Constitución, se convierte en norma de rango Constitucional. En ultimas para a Corte no prima el derecho internacional sino el Constitucional." (Guío, 2004, pág. 59)

En resumen, las normas, convenciones y tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento en Colombia, y "prevalecen sobre las demás normas internas, que no los pueden desconocer, a riesgo de ser declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, que es el órgano que guarda la integridad y supremacía de la Constitución" (Guío, 2011, pág. 60)

Así, a la hora de evaluar a luz de la normativa colombiana cualquier tema es necesario estudiar qué normas integran el bloque de constitucionalidad en la materia. Es decir que para resolver una controversia judicial no se deben analizar exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. (Uprimny, 2001, pág. 4)

En este trabajo se estudian dos articulados normativos especialmente pertinentes para el tema tratado: la CDPD y la CDN, esto, sin dejar de lado otras normas también importantes para el tema tratado, como lo son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Constitución Política de Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia y Ley 1306 de 2009, entre otras.

Sobre la CDPD en la sentencia C 042 de 2017 la Corte Constitucional (2017) hizo énfasis en que:

> Las disposiciones contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, y constituyen un criterio vinculante de interpretación de las disposiciones contenidas en la Carta. En consecuencia, la interpretación de la Carta a la luz de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, no constituye una "extensa contextualización doctrinal" y mucho menos una "mera interpretación subjetiva" sino por el contrario, es la formada idónea de interpretación del contenido material de la Carta (pág. 21)

Respecto de la CDN la Corte Constitucional (2009), en la sentencia C 240 de 2009, señala que "forman parte del bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales ratificados por Colombina, que garantizan y reconocen derechos humanos en favor de los niños y las niñas." (pág. 27). Entre otros señala expresamente la CDN, por lo cual es un deber del estado colombiano cumplir con las disposiciones contenidas en dicha convención "con la adopción de la Convención el Estado colombiano asumió en el ámbito internacional, el compromiso de garantizar y hacer efectivos, para los niños que se encuentren en su territorio, los derechos allí consagrados" (Guío, 2011, pág. 64)

Como se puede ver claramente ambas Convenciones por mandato Constitucional hacen parte del bloque de Constitucionalidad, y por lo mismo deben ser estudiadas si se pretende tratar temas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, pero no sólo eso, estas convenciones son de obligatorio cumplimiento para quienes legalmente regulan el tema y también para quienes aplican la normatividad legal.

La sentencia C 240 de 2009 también menciona que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hacen parte del bloque de constitucionalidad; estos instrumentos, como se verá a continuación, contienen normas

esenciales que propenden por la protección y de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental.

2.1.2 Convenciones Internacionales y normas nacionales sobre NNA y personas en situación de discapacidad mental.

Para tratar el tema de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental a continuación se hará un recuento de los articulados normativos que se consideran parte del bloque de Constitucionalidad del tema, todos, imprescindibles a la hora de abordar los derechos del NNA, personas en situación de discapacidad mental, y en general cualquier asunto sobre derechos humanos, sin embargo, se citarán sólo los artículos y fragmentos que son de especial relevancia para el objeto de esta investigación.

La CDN (1989) fue aprobada por Colombia mediante la ley 12 de 1991 y busca proteger al niño "contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares." (pág. 2). Y asegurar su bienestar "teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres tutores u otras personas responsables de él ante la ley". (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 2).

La siguiente tabla presenta los principales artículos de la CDN, relacionados con los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental:

Tabla 1. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental, en la Convención de los Derechos del Niño

Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño	
Artículo	Contenido
2	"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."
5	"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia

	ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."
12, numeral 1 y 2	"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño." "Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño (…)"
14, numeral 2	"Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades."
19, numeral 1	"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo."
23 numeral 1, 2 y 3	"Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible (…)"

Fuente. Elaboración propia con base en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

Esta Convención reconoce derechos a los NNA y hace énfasis en que la aplicación los mismos, se debe dar sin discriminación de ningún tipo. Se destaca, por ser de especial interés para este trabajo, el derecho del niño a ser escuchado y a que se respeten sus

opiniones. Adicionalmente el artículo 23 dicha Convención aborda el tema de los NNA en situación de discapacidad, al respecto ordena a los Estados Partes establecer las condiciones necesarias para asegurar que tengan una vida digna y puedan valerse por sí mismos. Respecto a los padres, la Convención analizada determina que es su deber orientar y guiar a sus hijos con el fin de que estos puedan ejercer los derechos que les son reconocidos, de acuerdo con el grado de evolución en el que se encuentren y proscribe toda forma de violencia mal trato o abuso que se pueda dar en este proceso.

Por su parte, la CDPD (2006), ratificada por Colombia en el año 2011 pretende "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente." (pág. 4).

Esta Convención también aborda derechos específicos para los NNA en situación de discapacidad mental, los cuales están condensados en la siguiente tabla

Tabla 2. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	
Articulo	Contenido
5, numeral 2	"Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo."
7, numeral 3	"Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho."
12, numeral 2 y 4	"Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida." "(…) Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (…)"
23, numeral 1	"Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

	a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Fuente. Elaboración propia con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Esta Convención prohíbe vehementemente cualquier discriminación hacia las personas en situación de discapacidad mental, hace especial énfasis en que tienen los mismos derechos que las demás personas y deben poder ejercerlos de la misma forma. Relacionado con esto, y en lo concerniente a la capacidad jurídica deben poder ejercer su capacidad en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad y deben contar con salvaguardas que le permitan expresar su voluntad y preferencia; particularmente, en lo que respecta a los NNA en situación de discapacidad la CDPD ordena considerar su opinión en cualquier tema que los afecte considerando su grado de desarrollo.

Sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad la CDPD les reconoce explícitamente (en su artículo 23) el derecho a contraer matrimonio, a decidir el número de hijos que desean tener y a conservar su fertilidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

Además de estas convenciones, también es importante destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La siguiente tabla los presenta:

Tabla 3. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en otros instrumentos internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos	
Articulo	Contenido
16	“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto

	al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”
Declaración Americana de Los Derechos y Deberes Del Hombre	
6	“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	
23, numeral 1 y 2	“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.”
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	
10, numeral 1	“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución (…)”

Fuente. Elaboración propia con base en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana se Los Derechos y Deberes Del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las normas señaladas reconocen el derecho de cualquier persona a contraer matrimonio y a formar una familia (reconociéndola como elemento fundamental de la sociedad).

Estos articulados normativos, como se señaló en el apartado anterior, son de obligatorio cumplimiento en Colombia y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

2.1.3 Los derechos de los NNA en situación de discapacidad en la legislación interna colombiana

A nivel nacional es importante destacar el contenido de la Constitución y hacer referencia al Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 de 2006, norma que pretende “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (art. 1) estableciendo normas para “la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento.” (ley 1098, 2006, art.2).

Además, y por ser la regulación específica sobre la capacidad de ejercicio de las personas en situación de discapacidad mental, la Ley 1306 de 2009 también será presentada en este apartado.

Así, la Constitución Política de Colombia señala, en algunos artículos, de manera expresa, y en otros tácitamente, los derechos y garantías que cobijan a las NNA en situación de discapacidad mental. La siguiente tabla los presenta:

Tabla 4. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en la Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de Colombia	
Articulo	Contenido
5	"El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad."
13	"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."
14	"Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica."
16	"Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico."
42	La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. (…) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil."

43	"La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.(…)"
44	"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."
45	"El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral."
47	"El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran."
84	"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio."
93	"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

Fuente. Elaboración propia con base en la Constitución Política de Colombia

La Constitución Política de Colombia, es bastante relevante para el análisis objeto de este trabajo, no sólo por su jerarquía sino también porque establece principios fundamentales para el mismo. Inicialmente reconoce, sin discriminación, los derechos que tienen todas las personas entre los cuales se encuentra el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia, decidir el número de hijos que desean tener, a que se reconozca su personalidad jurídica y adicionalmente ampara a la familia como institución básica de la sociedad; también reconoce a los NNA como sujetos de derechos que prevalecen sobre los de los demás y ordena a la familia, a la sociedad y al Estado protegerlos con el fin de garantizarles su desarrollo, también les ordena amparar todas aquellas personas que por su condición o circunstancias se encuentren en debilidad

manifiesta. Por otro lado, establece que los derechos allí consagrados sean interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales prevalecen en el orden interno. En síntesis, la norma de normas prohíbe la discriminación y consagra la igualdad como uno de sus principios; reconoce a todas los NNA como sujetos de derechos prevalentes y ordena a la familia la sociedad y al Estado protegerlos con el fin de lograr su desarrollo.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia es bastante relevante para el tema estudiado, pues es la regulación expresa y específica para este grupo poblacional. La siguiente tabla presenta los artículos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental.

Tabla 5. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Código de la Infancia y la Adolescencia	
Articulo	Contenido
5	"Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes."
6	"Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. (…)"
7	"Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. (…)"
8	"Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes."
9	"En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

	En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”
10	“Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. (…)”
14	“La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.”
20, numeral 4	“Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.”
23	“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”
26	“(…) En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.”
36 numeral 1, 4 y Parágrafo 1º	“Para los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende como una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana. Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo: 1. Al respeto por la diferencia y a disfrutar de una vida digna en condiciones de igualdad con las demás personas, que les permitan desarrollar al máximo sus potencialidades y su participación activa en la comunidad.

	4. A ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas. Parágrafo 1º: En el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley."
37	"Los niños, las niñas y los adolescentes gozan de las libertades consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Forman parte de estas libertades el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio."
39 numeral 15	"La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes: 15. Proporcionarles a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad un trato digno e igualitario con todos los miembros de la familia y generar condiciones de equidad de oportunidades y autonomía para que puedan ejercer sus derechos. Habilitar espacios adecuados y garantizarles su participación en los asuntos relacionados en su entorno familiar y social."
41 numeral 26 y 34	"El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá 26. Prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos. 34. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal."
44 numeral 10	"Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para: 10. Orientar a la comunidad educativa para la formación en la salud sexual y reproductiva y la vida en pareja."
46 numeral	"Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes: 7. Garantizar el acceso gratuito de los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva.

116	Sin perjuicio de los derechos consagrados en el Capítulo V del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo, la jornada de la adolescente mayor de quince (15) y menor de dieciocho (18) años, no podrá exceder de cuatro horas diarias a partir del séptimo mes de gestación y durante la lactancia, sin disminución de su salario y prestaciones sociales.

Fuente. Elaboración propia con base en el Código de Infancia y Adolescencia

El Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 6 hace referencia otras normas como la Constitución Política y los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, como parte integral del mismo y herramientas para su interpretación y aplicación.

Este articulado normativo trae consigo principios como el interés superior, la protección integral y la corresponsabilidad que son fundamentales a la hora de abordar los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental. Consagra derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el de ser escuchados, la autonomía personal, la libertad de conciencia y de creencias, la libertad de pensamiento y la participación entre otros. Ordena al Estado proteger estos derechos y en lo ateniente a los derechos sexuales y reproductivos ordena promover la difusión y formación al respecto.

Además, en su artículo 36, señala la discapacidad como una limitación, y dictamina expresamente que los NNA que se encuentren en condición de discapacidad gocen de una calidad de vida plena, digna y en igualdad de condiciones que las demás personas, que puedan desarrollar al máximo sus potencialidades, se les permita participar activamente en la comunidad y cuenten con todas las condiciones para que puedan valerse por sí mismas. Para el caso de los adolescentes con discapacidad severa esta norma ordena a los padres promover el proceso de interdicción con el fin de prorrogar la patria potestad

Sobre los padres, aborda la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad, por la cual, los padres tienen la obligación de proteger, orientar y cuidar a sus hijos, además de garantizar sus derechos para que estos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de los mismos y proscribe cualquier tipo de violencia o maltrato hacia ellos.

Finalmente, la ley 1306 de 2009 por la cual “se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados” (párr.1), la cual señala para los NNA en situación de discapacidad mental, lo previsto en los artículos reseñados en la siguiente tabla:

Tabla 6. Los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental en la ley 1306 de 2009.

Ley 1306 de 2009	
Articulo	Contenido
2	"Una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio. La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe."
3	"En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios: a) El respeto de su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia; b) La no discriminación por razón de discapacidad; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad mental y de su derecho a preservar su identidad. Estos principios tienen fuerza vinculante prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta ley."
4	"La presente ley se complementa con los Pactos, Convenios y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos relativos a las personas en situación de discapacidad aprobados por Colombia, que integran el bloque de Constitucionalidad. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos y vigentes a favor de las personas con discapacidad mental en la legislación interna o de Convenciones Internacionales, con el pretexto de que la presente ley no los reconoce o los reconoce en menor grado. Para la determinación e interpretación de las obligaciones de protección y restablecimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental por quienes se encargan de su protección, se tomarán en cuenta las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y en general, en las demás normas de protección de la familia, siempre que estas no sean contrarias en su letra o en su espíritu a la presente ley. (…)"
5 numeral 1 y 5	"Son obligaciones de la sociedad y del Estado colombiano en relación con las personas con discapacidad mental: 1. Garantizar el disfrute pleno de todos los derechos a las personas con discapacidad mental, de acuerdo a su capacidad de ejercicio.

	5. Establecer medidas normativas y administrativas acorde a las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a favor de las personas en situación de discapacidad mental y las acciones necesarias para dar cumplimiento a los programas nacionales.”
8	“Los individuos con discapacidad mental tendrán los derechos que, en relación con los niños, niñas y adolescentes, consagra el Título I del Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006– o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen y, de igual manera, los que se consagren para personas con discapacidad física, de la tercera edad, desplazada o amenazada y demás población vulnerable, en cuanto la situación de quien sufre discapacidad mental sea asimilable. Para el disfrute y ejercicio de estos derechos se tendrá en consideración la condición propia y particular del sujeto afectado. En la atención y garantía de los derechos de los individuos en discapacidad mental se tomarán en cuenta los principios de que trata el artículo 3o de la presente ley.”
10 parágrafo 1º	“(…) Las personas con discapacidad mental no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación o de agresiones contra su honor y su reputación. Parágrafo: Los derechos de los padres sobre sus hijos con discapacidad quedan limitados en todo aquello que se oponga al bienestar y desarrollo de estos. ”
12	“Las personas con discapacidad mental tienen derecho a los servicios de salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, de manera gratuita, a menos que la fuerza de su propio patrimonio, directo o derivado de la prestación alimentaria, le permitan asumir tales gastos.”
15	“Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos. Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.”
17	“Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental. La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada.”
25	“La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos de la persona en situación de discapacidad y, en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla (…)”

26 parágrafo	"Los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez este haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad. (…)"
48	"Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el presente Capítulo, los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Los realizados por la persona con discapacidad mental relativa inhabilitada en aquellos campos sobre los cuales recae la inhabilitación son relativamente nulos."
50 parágrafo	"Todo acto relacionado con el Derecho de Familia de personas con discapacidad mental absoluta deberá tramitarse ante el Juez de Familia. Son ejemplos de estos actos el matrimonio, el reconocimiento o impugnación de la filiación, la entrega en adopción de hijos, la prestación alimentaria a favor de terceros y otros actos que se asimilen. Dentro de estos procesos el Juez de Familia deberá escuchar a la persona con discapacidad mental absoluta cuando, en opinión de los facultativos, se encuentre en un intervalo lúcido y tenga conciencia del alcance de sus decisiones. En todo caso, para la determinación de la filiación de un hijo atribuido a la persona con discapacidad mental absoluta concebido durante la interdicción, se deberán practicar las pruebas científicas que permitan tener la mayor certeza sobre la filiación, de conformidad con la Ley 721 de 2001 y las normas que la reglamenten, sustituyan o adicionen. Parágrafo. Los sujetos con discapacidad no podrán ser discriminados por su situación en cuanto a las relaciones de familia, en especial al ejercicio pleno de sus derechos relacionados con la constitución de una familia y su participación en ella. Corresponde al Juez de Familia autorizar las restricciones a estos derechos por razones de protección del individuo."
53	"Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3o del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto. Con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años, tanto para los varones como para las mujeres."

Fuente. Elaboración propia con base en la Ley 1306 de 2009

La ley 1306 de 2009 establece que los pactos convenios y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia, que hagan parte del bloque de constitucionalidad en el tema que desarrolla, es decir relativos a las personas en situación

de discapacidad mental, son elementos normativos que la complementan, y prohíbe que cualquier derecho consagrado en estas normas sea violentado.

Esta ley define la discapacidad mental como una limitación psíquica o comportamental que le imposibilita a quienes la padecen comprender el alcance que tienen sus actos; realiza la distinción entre discapacidad mental absoluta y discapacidad mental relativa y reglamenta la medida de interdicción; enuncia algunos principios que posibilitan la garantía de los derechos de estas personas entre los cuales se encuentran: el respecto su dignidad y autonomía, la participación e inclusión social, la no discriminación en razón de su condición y el respeto por la misma como parte de la diversidad humana, la igualdad de oportunidades, y la salud sexual y reproductiva entre otras. En lo que atañe a los NNA que se encuentran en esta situación ordena el respeto a la evolución de sus facultades. Además, ordena que la incapacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental sea proporcional con el nivel de afectación en el que ellas se encuentren.

Sobre los padres, el parágrafo 1, del artículo 10 establece explícitamente que sus derechos están limitados de acuerdo al bienestar de sus hijos con discapacidad, es decir no pueden oponerse ni transgredir su bienestar

La ley también ordena a la familia, la sociedad y al Estado garantizar que las personas en situación de discapacidad mental puedan disfrutar de sus derechos, tomando en consideración la condición particular en la que se encuentre cada sujeto.

Finalmente, respecto a la familia, esta ley ordena que todo acto ateniente a los derechos y obligaciones de las personas en situación de discapacidad mental absoluta se tramite ante el juez de familia, proceso en el cual deberán ser escuchadas siempre y cuando se encuentren en un intervalo de lucidez. Adicionalmente prohíbe que se les discrimine en cuanto a sus relaciones familiares, especialmente en lo que respecta a la constitución de una familia y a su partición en la misma. Sin embargo, autoriza al juez para la restricción de estos derechos, con justificación en la protección del individuo en situación de discapacidad.

En estas tablas (de la 1 a la 6) se hace un recuento de las normas que hacen parte del bloque de Constitucionalidad del tema de estudio, estas, deben ser interpretadas en conjunto y nunca de forma independiente, no solo por porque así lo demandan sus textos, sino porque cualquier interpretación desarticulada puede derivar en una violación de derechos afectando a los NNA en situación de discapacidad mental.

De la lectura de estas normas es posible concluir que los NNA en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos prevalentes (se destacan por ser de especial relevancia para este trabajo el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía personal, a ser escuchados, a participar, a que se respeten sus opiniones, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a no ser discriminados en razón de su condición y al respeto por la misma) y particularmente son titulares de derechos sexuales y reproductivos (las normas hacen especial énfasis en el derecho a confirmar una familia, a que se les garantice la educación y la salud sexual y reproductiva, a contraer matrimonio libremente y a decidir el número de hijos que desean tener) y deben poder ejercerlos libremente, sin ser discriminados, vulnerados, ni violentados física o psicológicamente, lo anterior de forma progresiva y de acuerdo a su grado de desarrollo.

El Estado, la sociedad y la familia son corresponsables y tienen el deber de posibilitarles el ejercicio de estos derechos para permitir el máximo desarrollo de sus potencialidades teniendo en cuanta la condición particular en la que se encuentre cada uno y de sancionar cualquier tipo de discriminación en su contra.

Los padres, por su parte, tienen la responsabilidad de facilitarles a los NNA y las personas en situación de discapacidad mental que se encuentran bajo su cuidado, el ejercicio de sus derechos de acuerdo con su capacidad progresiva y el interés superior del que son sujetos, esto, en igualdad de condiciones que cualquier otro ser humano. Y adicionalmente deben guiarlos, orientarlos y escucharlas para que ellos puedan desarrollar su personalidad de forma libre y plena.

Sobre la capacidad jurídica, es claro que las normas exigen que los NNA y las personas con discapacidad puedan ejercerla de acuerdo a su nivel de desarrollo y para esto exigen al Estado proporcionar salvaguardas que les permitan expresar su voluntad, sin embargo, las normas nacionales contemplan instituciones como la patria potestad y la potestad parental que se prestan (si se interpretan de forma aislada) para limitar su capacidad de ejercicio y siguen promoviendo medias como la interdicción y la prórroga de la patria potestad que traen consigo la sustracción total de su capacidad de ejercicio, lo cual, como se verá, termina por despojarlos de su capacidad de ejercicio violentando los derechos que estas mismas normas les reconocen.

Las normas hasta aquí enunciadas reconocen a los NNA en situación de discapacidad como sujetos de derechos, en el siguiente apartado se analizan las implicaciones que este reconocimiento trae consigo.

2.2 Los NNA y las personas en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos

Las normas estudiadas en el acápite anterior reconocen los NNA en situación de discapacidad derechos de los que son sujetos. A continuación, se analiza que implicaciones tiene reconocer a los NNA y a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, teniendo en cuenta que no siempre fueron percibidas y tratadas así.

2.2.1 NNA como sujetos de derecho

Inicialmente es necesario tener en cuenta que, si bien hoy los NNA son reconocidos como sujetos de derechos, no siempre lo fueron, "históricamente se puede señalar un momento anterior al reconocimiento a los derechos de los niños, en que estos no eran valorados como personas por su propia individualidad" (Campoy, 2009, pág.135).

La Doctrina de la Protección Irregular, como fue denominado el paradigma tutelar según el cual los NNA eran objetos de protección "con menos derechos, garantías y deberes que las personas adultas y con modelos de atención discriminatorios y excluyentes" (Fundación Juan Vives Suriá, 2010, pág.11) imperó "en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas desde 1919 hasta 1989" (Benavides, s.f., pág. 4)

La legislación civil y las instituciones que contiene (como patria potestad, potestad parental y prorroga de la patria potestad) fueron reguladas cuando los NNA aún no eran reconocidos como sujetos de derecho, por lo cual al ser interpretadas de forma aislada derivan en violaciones de derechos de para ellos, lo cual será discutido más adelante. Por ahora basta con señalar que los NNA, antes de ser sujetos fueron objetos de protección, concepción que los entendía como desvalidos e incapaces, (Salomone, 2013, pág. 210) que necesitaban ser protegidos.

Con la CDN se incorporó un cambio de paradigma según, el cual NNA ya no eran objetos de protección sino sujetos de derecho.

> esta Convención marca el nacimiento de un campo del Derecho completamente novedoso: el derecho de la niñez. Significa un cambio de concepción, ya que se reconoce por primera vez al menor de edad como persona sujeto de derechos y ya no como objeto de tutela por parte del Estado. Se acogen los postulados de la Teoría de la Protección Integral, que ostenta como principio fundamental el interés superior del menor, el cual implica que, toda decisión, ya sea de política social o legislativa, o incluso de decisión jurisdiccional, ha de tomarse de manera que se protejan mejor los derechos de las personas menores de edad y garanticen su normal desarrollo y bienestar. (Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, et al., 2001, pág. 9)

Desde la ratificación de la CDN, la legislación colombiana ha venido avanzando en materia de derechos de los NNA, reconociéndolos en las nuevas normas como sujetos de derechos,

> el Estado Colombiano demostró un interés especialmente legislativo por materializar los 42 derechos de los niños, contenidos en la Convención. De esta forma en 2006, el Congreso de la República, por medio de la Ley 1098, expide el Código de Infancia y Adolescencia, el cual derogó en gran parte el Código del Menor, vigente desde 1989, en el que se contemplaba que los menores –como se les llamaba– eran objetos de derecho y únicamente recibían protección aquellos menores de 18 años que estuvieran inmersos en un proceso de restablecimiento de derechos por encontrarse en situaciones irregulares tales como abandono, necesidades básicas insatisfechas, infracciones a la ley penal, carencia de familia, discapacidades, adicciones a sustancias psicoactivas o trabajo infantil. (Barrios, 2017, párr. 2).

Con lo anterior, los NNA fueron reconocidos como sujetos de derecho en la CDN y desde ahí el Estado colombiano ha venido incorporando sus leyes esta perspectiva que se concreta con la expedición de Código de Infancia y adolescencia, como se explicará a continuación.

Según el Código de Infancia y Adolescencia (2006) los NNA son personas menores de 18 años, se entiende “por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.” (art. 3), el mismo apartado normativo precisa que la primera infancia va desde los 0 hasta los 6 años (ley 1098, 2006, art.29).

Este grupo de personas, gozan de una especial de protección consagrada en normas nacionales e internacionales de fuerza Constitucional, lo anterior debido a que por encontrarse

> en desarrollo, crecimiento y formación dependen -de acuerdo a su ciclo vital- en una mayor o menor medida de los adultos para su amparo y cuidado y para el ejercicio de algunos de sus derechos. (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional [USAID] & Organización Internacional para las Migraciones [OIM-Misión Colombia], 2015, pág. 159).

Los NNA además de ser sujetos de derechos humanos, “son titulares de unos derechos especiales” (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, USAID & OIM-Misión Colombia, 2015, pág. 158) que están consagrados en los instrumentos internacionales anteriormente señalados. La Convención, reconoce la titularidad y el pleno ejercicio de los derechos de las niñas y los niños de manera universal (Galvis, 2009, pág. 602). Así,

> Debemos a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, el reconocimiento jurídico de los niños como sujetos activos de derechos, merecedores de una protección diferenciada de la que, para esos mismos derechos, reciben los adultos a fin de asegurar que el interés de los niños sea atendido como superior a cualquier otro interés legítimo. (Lázaro, 2011, pág. 24)

Sin duda, entonces, los NNA son titulares de derechos desde su nacimiento, momento desde el cual deben poder

> gozar efectivamente de sus derechos y contar con las condiciones afectivas, sociales y materiales indispensables y óptimas, para su realización que son las mismas condiciones que requieren para su pleno y óptimo desarrollo. Por su parte, el Estado, la familia y la sociedad tienen la responsabilidad de garantizarlos, proporcionando oportunidades reales y concretas para materializarlos y hacerlos ciertos. (Gobierno de Colombia Comisión Intersectorial para la Atención Integral de Primera Infancia, 2016, pág. 17).

A la pregunta ¿Cómo se ejercen estos derechos? En este trabajo se adopta el criterio plasmado en la CDN según el cual:

> los derechos crecen con los niños y las niñas puesto que los ejercen a medida que avanzan en su desarrollo (…). Esto quiere decir que son titulares pasivos de los derechos. En este planteamiento, la finalidad de la titularidad es hacer exigibles las obligaciones de los padres y madres, y ampliarla a quienes tienen la responsabilidad de su cuidado, con lo cual la obligación persiste y va más allá de la existencia de los padres y madres y, por consiguiente, está asegurada hasta que el niño o niña llegue a la mayoría de edad (Galvis, 2009, pág. 603).

Así, los derechos de los NNA

> al hacer referencia a sujetos en edad evolutiva, se justifican en la necesidad de equilibrar la exigencia de tutelar algunas manifestaciones de autodeterminación del menor, con la exigencia de evitar que dichas manifestaciones lesionen, o comprometan, su desarrollo psicofísico. (Lozano-Vicente, 2016, pág. 76).

La capacidad progresiva de los NNA como elemento central para el ejercicio de sus derechos será estudiada más adelante; por ahora basta decir que todos los NNA desde su nacimiento son titulares derechos cuya práctica se da de forma progresiva según su desarrollo.

El Código de Infancia y Adolescencia (2006) también reconoce a los NNA como sujetos titulares de derechos:

> Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.
>
> La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos. (art. 7)

Es decir, que este reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos implica su protección integral, el cumplimiento de sus derechos y la responsabilidad de garantizar los mismos a través de políticas, planes programas y acciones. Así,

> La perspectiva de sujeto de derechos deja atrás las concepciones idílicas y negativas, de protección en situación irregular y se centra en los NNA con titularidad de derechos buscando la garantía y goce efectivo de estos desde una postura que promueva protagonismo, autonomía y determinación progresiva. (Cely, 2015, pág. 47)

La Corte Constitucional (2011), siguiendo esta misma línea ha argumentado:

> La Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su artículo 1º, para los efectos de su aplicación, una definición de niño que incluye a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo definición legal que consagre una edad inferior para la mayoría de edad. Por su parte, el legislador colombiano brindó una definición más completa que diferencia cabalmente entre niño, niña y adolescente, acorde con lo que establece la Constitución en sus artículos 44 y 45. Ambas normas fueron desarrolladas por el Código de Infancia y la Adolescencia (CIA), que contempló conceptos jurídicos relevantes para abordar cualquier asunto que implique niños o adolescentes: el interés superior y la protección integral. Por ende, existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano e internacional un imperativo para la familia, la sociedad y el Estado de brindar un auxilio prevalente a los niños, niñas y adolescentes; y de adoptar medidas de protección efectivas, que estén orientadas primariamente a garantizar el ejercicio integral y simultáneo de los derechos de estos sujetos. (pág. 1)

En la familia, en particular, la consideración de los NNA como sujetos de derechos se traduce en una “dinámica familiar más democrática y horizontal, donde aquellos/as participan (en voz- en tanto son escuchados- y en acto. Por cuanto actúan por si mismos), por su puesto de manera diversa, de acuerdo con la etapa evolutiva por la que atraviesan.” (Herrera & Spaventa, 2007, pág. 80).

En síntesis, con el reconocimiento de los NNA como titulares de derechos, surge una obligación para la familia, la sociedad y el Estado de garantizarles el goce integral de estos

mismos derechos, de acuerdo con su desarrollo progresivo y teniendo en cuenta el interés superior del que son sujetos.

2.2.2 Personas en situación de discapacidad mental como sujetos de derecho

De acuerdo con la CDPD (2006) “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Preámbulo)

Dicha discapacidad pude ser de distintos tipos; la Resolución 00583 del 26 de febrero de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, que reglamentó el procedimiento de certificación de discapacidad en el país, contempla las siguientes categorías de discapacidad:

a) **Discapacidad física**: Categoría que engloba a las personas “que presentan en forma permanente deficiencias corporales funcionales a nivel musculo esquelético, neurológico, tegumentario de origen congénito o adquirido, pérdida o ausencia de alguna parte de su cuerpo, o presencia de desórdenes del movimiento corporal.” (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 10). Dichas deficiencias impiden o limitan su desarrollo motor y pueden generarles dificultad para realizar “actividades cotidianas como caminar, manipular objetos, mantener el equilibrio, levantarse y sentarse entre otras” (Agudelo, Casas, Tovar, & Villadiego, 2017, pág. 14)

b) **Discapacidad auditiva.** Categoría que engloba a las personas que presentan “carencia, disminución o deficiencia de la capacidad auditiva” (Agudelo, et al 2017, pág. 32) producto de “deficiencias en las funciones sensoriales relacionadas con la percepción de los sonidos y la discriminación de su localización, tono, volumen y calidad” (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 10) lo cual les genera dificultades en la comunicación (emisión y recepción de mensajes orales).

c) **Discapacidad visual**. Categoría que engloba a las personas que presentan “deficiencias para percibir la luz, forma, tamaño o color de los objetos. Se incluye a las personas ciegas y a las personas con baja visión” (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 11). Estas deficiencias persisten a pesar del uso de corrección en gafas o lentes de contacto, o la practica de cirugías (Ministerio de la Protección Social & ACNUR, 2011, pág. 82)

d) **Sordoceguera.** Categoría que engloba a las personas que presentan "una deficiencia visual y una deficiencia auditiva" (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 11) que conjuntamente generan "problemas de comunicación únicos y necesidades especiales derivadas de la dificultad para percibir de manera global, conocer y por tanto interesarse y desenvolverse en el entorno." (Fundación Once, s.f, pág. 7)

e) **Discapacidad intelectual**. Categoría que engloba a las personas que presentan "significantes limitaciones en el funcionamiento intelectual y en el comportamiento adaptativo" (Agudelo, et al 2017, pág. 40) lo cual, limita sus capacidades mentales generales, como: "el razonamiento, la resolución de problemas, la planificación, el pensamiento abstracto, el juicio, el aprendizaje académico y el aprendizaje de la experiencia" (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 11) Al respecto, es necesario tener en cuenta que:

> la discapacidad intelectual de un individuo no es una entidad fija e invariable, sino que va siendo modificada por el crecimiento y desarrollo biológicos del individuo y por la disponibilidad y calidad de los apoyos que recibe, en una interacción constante y permanente entre el individuo y su ambiente. (CEPER, 1999, pág.1)

f) **Discapacidad psicosocial.** Categoría que engloba a las personas que presentan "alteraciones en la forma de pensar, la manera de relacionarse con su entorno, variaciones en su humor y sus sentimientos" (Agudelo, et al 2017, pág. 49) resultantes de la interacción entre deficiencias y barreras del entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad. (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 11)

g) **Discapacidad múltiple.** Categoría que engloba a las personas que presentan "dos o más deficiencias asociadas" (Ministerio de la Protección Social, 2018, pág. 11)"

Esta investigación está enfocada en las personas en situación de discapacidad mental, dicha discapacidad engloba aquellas "deficiencias intelectuales y conductuales que representan restricciones en el aprendizaje y el modo de conducirse, por lo que la persona no puede relacionarse con su entorno y tiene limitaciones en el desempeño de sus actividades." (Guevara, 2014, pág.1382).

Según la CDPD (2006) incluyen aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás." (art. 1).

Históricamente la discapacidad ha sido asimilada de distintas formas;

> las personas con discapacidad mental e intelectual han sido objeto de discriminación y exclusión y esto debido a un conjunto de estereotipos y prejuicios que se han venido construyendo en nuestras sociedades y esto ha incidido también en nuestros ordenamientos jurídicos, siendo el derecho llamado de una perspectiva paternalista y proteccionista, restringir la voluntad y la autonomía de las personas con discapacidad mental e intelectual, con el entendimiento de que no pueden tomar sus propias decisiones. (Yance, 2017).

En la antigüedad y la edad media la prescindencia era el modelo adoptado para *lidiar* con las personas en situación de discapacidad mental, "se asumía que sus vidas carecían de sentido y que, por lo tanto, no valía la pena que la vivieran" (Velarde, 2012, pág. 117), esto, soportado en las creencias religiosas y el papel que representaba la persona en situación de discapacidad en la sociedad.

Más adelante, en el siglo XX, como consecuencia de la cantidad de enfermos y discapacitados que dejó la guerra, se impuso el modelo rehabilitador o médico, en el cual, los impedimentos físicos y mentales "comenzaron a entenderse como enfermedades que podían recibir tratamientos" (Velarde, 2012, pág. 123). Este modelo concibe a las personas en situación de discapacidad mental como personas

> enfermas, también de alguna manera imperfectas e incapaces que sufren de su situación por causas medicas o individuales, y que deben de superar sus carencias y deficiencias a fin de adaptarse lo mejor posible a la sociedad existente, como personas que han de "normalizar" o "rehabilitar", para lo que se les ofrece el adecuado tratamiento médico o, en su caso, prestaciones económicas o sociales, que son entendidas casi como beneficencia. (Campoy, 2009, pág.147)

A finales del siglo pasado surge el modelo social que busca que las personas en situación de discapacidad mental puedan ser integradas a la sociedad y para esto requiere "eliminar todas las barreras físicas, sociales, actitudinales, jurídicas y otras que se hayan construido históricamente y que no hayan permitido a las personas con discapacidad acceder y reivindicar sus derechos humanos" (Ministerio de Justicia y del Derecho, Universidad de los Andes & Unión Colegiada del Notariado Colombiano, 2016, pág. 5). Este modelo "aboga por que la población reconozca a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y, en esta dirección, promueve el movimiento social de las personas con discapacidad bajo el lema *nada sobre nosotros sin nosotros*" (Moreno, 2017, pág. 206).

Según este modelo la discapacidad

> es producto de los obstáculos que traza la propia sociedad lo que impide a estas personas el derecho a vivir de manera independiente y de participar activamente no solamente en sus

> propios asuntos, sino también en los asuntos que le incumben a toda la comunidad. (Ospina & Otero, 2015, pág. 343)

Además, concibe a los NNA en situación de discapacidad mental como: “personas que tienen el mismo valor y dignidad que el resto; y, en este sentido, el niño -con o sin discapacidad- también se concibe como una persona con un valor propio, aparte del que tenga como futuro adulto.” (Campoy, 2009, pág.149).

Hoy el modelo mayoritariamente aplicado es el social. En él, se encuentran enmarcados distintos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, entre los que se encuentra la CDPD que busca “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad” (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, art. 1).

Según el modelo social, las personas en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos humanos y adicionalmente son titulares de derechos especiales, que velan por que sean respetadas, no sean discriminadas y estén en igualdad de condiciones con las personas sin discapacidad. Es decir, las personas en situación de discapacidad

> como seres humanos, son sujetos de los mismos derechos, tal y como están establecidos en la Convención Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales. Al mismo tiempo, tienen necesidades e impedimentos propios, que los hacen sujetos de derechos especiales. Necesitan, ciertas condiciones específicas que les permitan moverse, trabajar y estudiar como cualquier otra persona, pero sobre todo requieren que se les reconozca como personas capaces y se les trate con respeto.” (Hernández, 2007, pág. 138)

La CDPD “fortalece una visión que valora a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las personas sin discapacidad, sin desconocer las diferencias y requerimientos específicos para asegurar la igualdad de oportunidades.” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. 2014, pág. 8)

Este instrumento internacional

> exige a los Estados que trabajen con miras a afirmar medidas de acción positiva y políticas de no discriminación, así como adaptar su ordenamiento jurídico al contenido de la Convención que recoge en sus 50 artículos los principios que rigen su aplicación, los derechos dirigidos a proteger y promover la libertad, la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, así como las obligaciones para los países que la adopten. (Palacios & Bariffi, 2007, pág. 9).

Específicamente y respeto a los derechos sexuales y reductivos de las personas en situación de discapacidad mental es importante mencionar que:

> Con la incorporación del modelo social en la Convención, tenemos que las mujeres con discapacidad pueden elegir sobre su sexualidad y reproducción sin discriminación, violencia ni coerción. En este sentido tienen derecho al consentimiento libre e informado y que un tercero no remplace su voluntad. (Smith & Villarreal, 2017).

En el ámbito nacional la ley 1306 de 2009 tiene como objeto la protección y garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad mental y la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha reiterado la importancia de reconocerlas como titulares derechos y de garantizarles el goce efectivo de los mismos.

> Sobre la especial protección de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha precisado que la protección de los derechos humanos de estas personas se regula desde un modelo social, en el que se entenderá la discapacidad como una realidad y no como una enfermedad que se debe superar a toda costa, es decir, desde un punto de vista en el que se acepta la diversidad y la diferencia social. Es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, de conformidad con los artículos 13 y 47 de la Carta y la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. (Corte Constitucional, 2014, pág. 1)

En suma, las personas en situación de discapacidad mental deben ser incluidas y tratadas según el modelo social, el cual las reconoce como titulares de derechos humanos, y sujetos de derechos especiales y propende por que estén en igualdad de condiciones y tengan las mismas oportunidades que las personas sin discapacidad, teniendo en cuenta sus diferencias.

Reconocer a las personas en situación de discapacidad, en especial a los NNA en condición de discapacidad como sujetos va de la mano con reconocer su capacidad para ejercer los derechos de los que son titulares, es decir, al ser titulares derechos tienen la posibilidad de ejercerlos al igual que cualquier otra persona, lo que implica que pueden manifestar sus deseos y opiniones y actuar según su voluntad la cual ha de ser determinante en su vida y vinculante jurídicamente,

> Lo que supone entender que el niño no solo es sujeto titular de derechos que le protegen contra el daño que le pudiera venir por acción de terceras personas, de los poderes públicos o de sus propias acciones – que casaría con el proteccionismo tradicional y el modelo médico- ni que sólo puede ejercer ciertos derechos, bajo el control de sus padres o de los poderes públicos, y no puede ejercer otros derechos debido a sus incapacidades de edad o falta de madures - (…)- si no que supone entender que el niño con discapacidad tiene en principio, reconocidos la titularidad y el ejercicio de todos los derechos como lo tienen el resto de las personas, o mejor dicho, con otras palabras, que la edad y la discapacidad han de dejar de ser finalmente criterios determinantes respecto al ejercicio de los derechos. (Campoy, 2009, pág.159).

Es decir que al reconocer a los NNA en situación de discapacidad mental como sujetos de derechos se les reconoce también la capacidad ejercerlos misma forma que cualquier otra persona.

Entre estos derechos, des los cuales son sujetos los NNA en situación de discapacidad mental, sen encuentran los derechos sexuales y reproductivos, sobre los que versa el presente trabajo y que se abordan a continuación.

2.3 Qué son y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos

Entre los derechos de los cuales los NNA en situación de discapacidad mental son sujetos, se encuentran los derecho sexuales y reproductivos que a continuación se abordan. Inicialmente se presentan los derechos sexuales y reproductivos en general, y a continuación se trata el derecho a formar una familia como una manifestación de estos.

2.3.1 Derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, “internacionalmente reconocidos, que garantizan el desarrollo libre, sano, seguro y satisfactorio de la vida sexual y reproductiva y la convivencia sexual” (Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA], 2002 pág. 27). Su reconocimiento es relativamente reciente, pese a que desde 1966, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció la libre opción de la familia, la regulación al respecto realizada por la comunidad internacional, es decir las nomas sobre determinación libre tener hijos o no, del número de hijos y el espaciamiento entre los mismos (Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán de 1968, Conferencia Mundial de Población de Bucarest de 1974 y Conferencia Internacional de Población de México de1984), “eran netamente demográficas” (Defensoría del pueblo & Profamilia, 2007, pág. 21).

Los derechos sexuales y reproductivos como tal han tomado forma desde el año 1994, cuando grupos de activistas políticos lograron la “adopción del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) por parte de 179 países” (Ahumada & Kowalski-Morton, 2006, pág. 11), primer acuerdo internacional que reconoce la existencia de estos derechos:

> (…) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. (Naciones Unidas, 1994, pág. 37).

Es importante anotar que este programa plantea una serie de medidas encaminadas a lograr la protección de dichos derechos instando a los gobiernos a realizar todos los esfuerzos necesarios para dicho fin y que Colombia aprobó el Capítulo VII del Programa de Acción, referente a los Derechos Reproductivos y la Salud Reproductiva, sin formular reserva alguna.

Hoy los derechos sexuales y reproductivos están ampliamente delimitados, y aunque generalmente son agrupados en la misma categoría por su naturaleza, no son lo mismo. Así, los primeros versan sobre la libertad y autonomía sexual, y los segundos, sobre la libertad y autonomía reproductiva; el UNFPA presenta (2017) los siguientes derechos sexuales:

a) Derecho a fortalecer la autonomía y la autoestima en el ejercicio de la sexualidad.
b) Derecho a explorar y disfrutar de una vida sexual placentera.
c) Derecho a elegir las parejas sexuales.
d) Derecho a vivir la sexualidad sin ninguna violencia.
e) Derecho a tener relaciones sexuales consensuadas.
f) Derecho a decidir libre y autónomamente cunado y con quien se inicia la vida sexual.
g) Derecho a decidir sobre la unión con otras personas.
h) Derecho a vivir y expresar libremente la orientación sexual e identidad de género.
i) Derecho a la protección y prevención de infecciones de transmisión sexual o embarazos no deseados.
j) Derecho recibir información y acceso a servicios de salud de calidad sobre todas las dimensiones de la sexualidad, sin ningún tipo de discriminación.

Y los siguientes derechos reproductivos:

a) Derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia.
b) Derecho decidir libremente si se desea o no tener hijas o hijos.
c) Derecho a decidir sobre el número de hijas o hijos que se desean y espacio de tiempo entre un embarazo y otro.
d) Derecho a decidir sobre el tipo de familia que se quiere formar.
e) Derecho a ejercerla maternidad con un trato equitativo en la familia, espacios de educación y trabajo.
f) Derecho a una educación integral para la sexualidad a lo largo de la vida.
g) Derecho a acceder a métodos de anticoncepción modernos, incluida la anticoncepción de emergencia.
h) Derecho al acceso a los servicios integrales de salud y atención médica para garantizar la maternidad segura.
i) Derecho a acceder a los beneficios de los avances científicos en salud sexual y reproductiva.

Es decir, que el ejercicio de dichos derechos implica de "una adecuada salud sexual y reproductiva" (Defensoría del Pueblo, 2008, pág. 43). Esta última entendida como la capacidad de disfrute de los derechos sexuales y reproductivos "sin riesgos y no en la enfermedad" (Mejía Gómez & Echeverría Linares, 2007, pág. 9). Este derecho

> incluye la obligación de los Estados de aprobar una política de salud sexual y reproductiva que sea inclusiva de las personas con discapacidad, es decir, una política de salud sexual y reproductiva que reconozca a las personas con discapacidad como sujetos de derecho y que incorpore la perspectiva de discapacidad en forma transversal y sistemática desde el momento mismo del diseño de esta política. (Minieri, S, 2017).

Todas las personas, sin discriminación alguna, son titulares de estos derechos, pues:

> Los derechos sexuales y reproductivos están dirigidos a garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, homosexuales y heterosexuales, y entre adultos, niños y niñas, en los ámbitos de la sexualidad y a lograr el máximo nivel de su salud sexual y reproductiva.
>
> La sexualidad hace parte de la vida de todas las personas. Desde que una persona nace hasta que muere, su sexualidad se manifiesta de diversas formas en cada fase de su ciclo vital. Todas las personas, jóvenes, adultos, adolescentes, niños y niñas son sujetos sexuados y por lo tanto titulares de derechos sexuales y reproductivos. (Defensoría del Pueblo & Profamilia, 2007, pág. 26).

Según lo anterior, los derechos aquí estudiados, son un conjunto de prerrogativas que propenden por la libertad y la autonomía sexual y reproductiva y buscan que cada individuo

(incluidos los NNA en situación de discapacidad mental), sin discriminación alguna, cuente con la información y las herramientas necesarias para tomar decisiones, autónomas, libres de violencia, discriminación o coerción dentro de este ámbito.

2.3.2 Derecho a formar una familia

Es importante mencionar en este acápite el derecho a formar una familia como una "de las expresiones" (ICBF, 2016, pág. 5) más importantes de estos derechos.

Este derecho se conceptúa como la facultad de conformar una familia libremente,

> mediante la celebración de matrimonio civil, la celebración de matrimonio católico con efectos civiles y la constitución por medio de la unión libre. Asimismo, y como manifestación de esa libertad, se propuso consagrar que la pareja pudiera decidir el número de hijos, la disolución de la unión libre y la opción del divorcio para ambos matrimonios (Bocanument-Arbeláez, 2017, pág. 59)

Aunque "el derecho de un hombre y una mujer a formar una familia ha sido reconocido como elemento natural y fundamental de la sociedad." (Torrado, 2014, pág. 103), este reconocimiento no siempre se ha dado de la misma forma, en "los anteriores ordenamientos eran los padres quienes inciaban y formalizaban el matrimonio de los hijos" (Valencia & Ortiz, 1995, pág. 68) e incluso hace muy poco tiempo el matrionio era la única forma jurídica en la que se podía materializar este derecho. Sin embargo,

> no todas las uniones sexuales ocurren siempre bajo el amparo del matrimonio. Ademas de esas familias que así se forman legirimamente, hay otras establecidas con fundamento en una relacion sexual no matrimonial o exttramatrimonial. Son las familias originadas en los hechos, o en las uniones maritales de hecho, las cuales han tenido un lugar, como fenomeno social, durante toda la historia de la humanidad (Torrado, 2014, pág. 129)

Hoy, los ordenamientos jurídicos "otorgan plena libertad a los hombres para formar su familia o abstenerse de formarla, y para formarla con la persona que quieran" (Andrade, 2013, pág. 26). Ademas se reconoce la comunidad de vida permante, como forma de conformar una familia.

Según la Constitución Política de Colombia (1991), la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, "(…) se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (art.42), sobre este artículo erige el derecho de familia, con normas encaminadas a "la protección integral de la familia como institución básica de la sociedad"

(Monroy, 1996, pág. 13). El artículo 5to de la Constitución también ampara a la familia y le da el carácter de institución básica de la sociedad; dichos preceptos garantizan "el derecho de conformarla, lo cual implícitamente conlleva al reconocimiento y amparo de los medios para lograrlo" (Higuera, 2012, pág. 29).

La Corte Constitucional (2016) ha reconocido este derecho, y ha afirmado que el mismo "en virtud del artículo 44 Superior, es de carácter fundamental, pues se erige como la cuna de formación del ser humano (…)" (pág.26).

Así, "la familia está reconocida como elemento natural y fundamental de la sociedad" (Torrado, 2014, pág. 134) y en la Constitución de 1991 se "consagro la plena libertad para constituir una familia, bien cuando un hombre y una mujer expresan su consentimiento para la celebración de un matrimonio, ora también mediante la decisión que uno y otra manifiesten de una voluntad responsable para conformarla." (Torrado, 2014, pág. 135)

En este punto es importante tener en cuenta que existen diferentes tipos de uniones, así como también diferentes tipos de familias; no solo da origen a una familia la pareja conformada entre un hombre y una mujer, a la que se refieren algunos de los autores citados, pues, el concepto de familia ha evolucionado,

> El concepto tradicional de concebir a la familia y derivado del artículo 113 del Código Civil colombiano, en el cual se establece que "el matrimonio es un contrato solemne a través del cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente", se ha ido desplazando con base en los cambios sociales, normativos y jurisprudenciales y el surgimiento de nuevas estructuras familiares. Se ha vuelto común encontrar parejas que han decidido excluir la concepción como fin primordial del matrimonio; han optado por uniones de hecho; se conforman por personas del mismo sexo; o que no conviven por aspectos ajenos a su voluntad - trabajos en diferentes ciudades, estudios o factores de economía doméstica- sin que ello implique que dejan de ser una familia. (Bocanument-Arbeláez, 2017, pág. 96)

De tal forma que el derecho a tener una familia no es exclusivo de las parejas heterosexuales, es un derecho que tiene toda persona, por mandato constitucional y los NNA en situación de discapacidad mental no deberían ser la excepción.

En este punto se estudiará el derecho a conformar una familia ya sea por vínculo matrimonial o por convivencia tanto de los NNA como de las personas en situación de discapacidad mental.

Inicialmente, y como ya se mencionó, la CDPD (2006) reconoce el derecho a todas las personas en situación de discapacidad mental "en edad de contraer matrimonio, a casarse

y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges" (art. 23).

Lo cual fue reiterado por la Corte Constitucional (2012), ciñéndose a las exigencias de la Convención, así:

> El Estado colombiano se ha comprometido a garantizar (i) el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre e informado; (ii) el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad; y (iii) el derecho a mantener su fertilidad, en igualdad de condiciones con los demás. (pág. 28)

El punto clave de este aparte, en relación con el presente estudio que versa sobre los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, es que el reconocimiento del derecho a casarse y a fundar una familia se da precisamente a las personas en situación de discapacidad mental en edad de contraer matrimonio; por lo tanto, surge la pregunta de sí ¿el reconocimiento de este derecho depende de la edad de la persona en condición de discapacidad? Y con una lectura sencilla del artículo, parece que la respuesta es afirmativa. Por lo anterior se estudiará el tema del derecho de los NNA, a formar una familia, ya se sea a través del matrimonio o a través de la convivencia.

Por un lado la unión marital de hecho entre NNA carece de una regulación legal precisa, sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que puede ser conformada entre menores de edad. Así, en la Sentencia 50001233100019990588901 (26120) el Consejo de Estado, al evaluar si era posible reconocer una indemnización a la compañera permanente de un menor de edad, puntualizó: "resulta dable concluir que aquellas uniones matrimoniales contraídas por "menores adultos" sí están llamadas a producir efectos, en este caso de contenido patrimonial, lo cual encuentra fundamento, además, en la propia Jurisprudencia Constitucional."(Consejo de Estado, 2013, pág. 37).

Sin embargo, en lo que respecta al matrimonio existen unos requisitos de fondo, consagrados en el Código Civil. Estos,

> se refieren las cualidades de las personales de los contrayentes, en sí mismo considerados, esto es, los requisitos positivos de fondo que deben darse para que el matrimonio valga, y que son la diferencia de sexo y la capacidad sexual; la capacidad mental o capacidad por edad y la edad y la declaración de la voluntad. (Morales Acacio, 2014, pág. 137)

Sobre la edad de los contrayentes, el Código Civil (1873), dicta “las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente.” (art. 116) y concreta “Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro” (art 117).

En la sentencia C 507 de 2004 la Corte Constitucional (2004) analiza las restricciones para contraer matrimonio por parte de los NNA y concluye que dichas restricciones son válidas con el fin de protegerlos.

> El derecho a conformar libremente una familia es un derecho Constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio de que el legislador establezca condiciones para su ejercicio con el fin de proteger al menor y de que fije edades, incluso diferentes, para determinar la capacidad para contraer matrimonio, una de las formas de constituir familia. (pág. 92)

Lo anterior en concordancia con los instrumentos internacionales que proscriben el matrimonio de NNA, entre ellos mismos o con personas mayores de edad, tal y como lo expresan en su Recordación General No. 31- Observación General No. 18 conjunta el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño (2014):

> El matrimonio infantil, también denominado matrimonio a edad temprana, es cualquier matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de 18 años. La inmensa mayoría de los matrimonios infantiles, tanto de derecho como de hecho, afectan a las niñas, aunque a veces sus cónyuges también son menores de 18 años. El matrimonio infantil se considera una forma de matrimonio forzoso, ya que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas. Como una cuestión de respeto a las capacidades en evolución del niño y a su autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan a su vida, en circunstancias excepcionales se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de 18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición. (pág. 9)

Así, el matrimonio como opción de formar una familia no es una alternativa para los NNA, pues de ser permitido, podría lesionar sus derechos.

Sobre el derecho a formar una familia es importante resaltar el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que dicta:

> 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
> 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
> 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (art 16)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) también contempla este derecho de la siguiente forma: "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella." (art. 6)

Adicionalmente el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) contempla que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado." (art. 23) y en seguidamente reconoce "el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello." (art. 23). Sobre este artículo, la Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos (1990) precisa:

> El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. (pág. 2)

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su artículo establece el deber de "conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo." (art. 10)

Como se puede observar, no solo Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la CDPD conciben el derecho a formar una familia como una prerrogativa de todo ser humano, también las Declaraciones y Pactos señalados anteriormente, que hacen parte del bloque de constitucionalidad (como ya se expuso); todos, señalan la importancia de este derecho y consagran su desarrollo sin restricciones como un deber de la sociedad y el Estado.

Como se presentó a lo largo de este capítulo los NNA en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos sexuales y reproductivos. Recogiendo lo anteriormente expuesto es posible afirmar que las normas que hacen parte del bloque de Constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento en Colombia y por lo mismo no pueden ser desconocidas, las Convenciones (CDN y CDPD) y las leyes internas que reconocen derechos a este grupo de personas, hacen parte de estas, normas que integran el bloque de constitucionalidad del tema; por lo cual los derechos reconocidos en ellas deben ser una premisa para abordar el tema de los NNA en situación de discapacidad mental, quienes, como sujetos de derechos, especialmente sexuales y reproductivos, deben poder ejercerlos libremente sin ningún tipo de restricciones.

Con lo anterior, queda claro que los NNA en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos sexuales y reproductivos reconocidos en normas internacionales (Que tienen fuerza constitucional) y nacionales; sin embargo la capacidad para ejercer estos derechos por la situación especial en la que se encuentran este grupo de personas debe ser objeto de un nuevo análisis, el mismo se realizará a continuación.

3 Capacidad jurídica

Con lo anteriormente expuesto es válido afirmar que los NNA en situación de discapacidad mental son sujetos de derechos (entre los que se resaltan los sexuales y reproductivos); y su reconocimiento como sujetos de derechos, esta directamente relacionado con la capacidad que tienen para ejercerlos. A continuación se presenta un análisis de esta capacidad y cómo a través de misma se les posibilita o, por el contrario, se les impide el ejercicio real de sus derechos. Además, se aborda el concepto de capacidad progresiva como elemento básico para el ejercicio de estos derechos. Finalmente se expone el proyecto de ley 027 de 2017 de la Cámara de Representantes, como ejemplo de normativa que permite disminuir la brecha entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad y las disposiciones internas; lo anterior con el fin de establecer que el régimen de capacidades e incapacidades vigente al clasificar a los NNA en situación de discapacidad mental como incapaces vulnera de sus derechos. Por lo cual, la capacidad progresiva es la mejor alternativa para que los NNA en situación de discapacidad puedan ejercer los derechos de los que son sujetos, así mismo el sistema de apoyos plasmado en el proyecto de ley 027 de 2017 (aunque sólo se enfoca en las personas con discapacidad) ejemplifica cómo podría funcionar una normatividad sobre este asunto.

La capacidad jurídica es uno de los atributos de la personalidad y se define como la aptitud para ser sujeto de derechos y ejercer los mismos, es decir, " la capacidad jurídica engloba la capacidad de goce o de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercicio o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)" (Villarreal, 2014, pág. 28)

Con lo anterior es posible diferenciar entre dos tipos de capacidades: la de goce y la de ejercicio. La primera es por medio de la cual se tiene titularidad de derechos, la segunda es la posibilidad de ejercerlos y obligarse por sí mismo. “Todo individuo de la especie

humana, por su condición de persona, es titular de derechos; sin embargo, su capacidad para contraer obligaciones se modula conforme a la voluntad, es decir, a la suficiencia para tomar decisiones libremente" (Molina, 2015, pág. 20)

A continuación, se profundizará en esta distinción y se describirá quienes son capaces y quienes incapaces a la luz del derecho colombiano.

3.1 Capacidad de goce y capacidad de ejercicio

La capacidad jurídica de derecho o de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos; "se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona" (Valencia & Ortiz, 2016, pág. 541). Esta, "se adquiere al nacer y permite la titularidad de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales" (Bergallo, Jaramillo & Vaggione, 2018, pág. 248).

Se puede, entonces, afirmar que todas las personas tienen capacidad de goce, ya que son sujetos de derechos. "Una persona natural siempre tendrá capacidad jurídica, legal o de goce, porque no existen individuos de la especie humana que carezcan totalmente de capacidad de goce." (Poron Roquel, 2009, pág. 15)

Por su parte, la capacidad de ejercicio es por la cual las personas pueden ejercer los derechos de los que son titulares por sí mismas, válidamente (Castro, 2015, pág. 7). Incluye "la posibilidad de acudir a la justicia en caso de afectación de esos derechos." (Capria, et al.,2012, pág. 4)

Según lo anterior, todas las personas, desde que nacen son titulares de derechos, es decir tienen capacidad de goce los, NNA en situación de discapacidad mental, no son la excepción y como se observó en el capítulo precedente, existen un sin número de normas que les reconocen derechos. Sin embargo, no es tan claro el reconocimiento de la capacidad para ejercer estos derechos, es decir la capacidad de ejercicio que tienen los NNA (que será uno de los temas de discusión centrales en el presente trabajo).

> Así, se han articulado modelos políticos, jurídicos y sociales que, partiendo de unas supuestas especiales condiciones de los niños y las personas con discapacidad , pretendería protegerlos, pero que, en realidad han supuesto sistemas que los han discriminado,; excluyéndooslos, injustamente, tanto de su plena participación política y social como de la dirección de sus propias vidas, manteniéndolos en una situación de dependencia injustificada, impidiendo así, el pleno desarrollo de sus propios planes de vida" (Campoy, 2009, pág.139)

Hasta aquí que los NNA tienen capacidad de goce, puesto que son sujetos titulares de derechos reconocidos en distintos instrumentos normativos; sobre si tienen capacidad de ejercicio, se ahondará a continuación.

3.1.1 Personas capaces

Según el Código Civil Colombiano, (1873) “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.” (1503). Dicho esto, se entiende que la “la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción” (Poron, 2009, pág. 15).

Según el ordenamiento jurídico colombiano son capaces, todos los que no son declarados legalmente incapaces, por lo cual es necesario definir quiénes son incapaces en Colombia cuestión central y determinante en el presente trabajo, que se tratara en el siguiente aparte.

3.1.2 Personas incapaces

La incapacidad es definida como “la carencia de capacidad de ejercicio de una persona” (Suárez, 1992, pág. 233); dicha capacidad, como se mencionó anteriormente, es “la posibilidad de la persona para actuar, ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y cumplirlos por sí misma” (Triviño, 2002, pág. 89).

Según lo hasta aquí presentado, los incapaces tienen capacidad de goce, es decir, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, pero no tienen capacidad de ejercicio, por lo cual no pueden ejercer dichos derechos y obligaciones por sí mismos.

La incapacidad se puede dar por tres razones “anomalías de carácter mental, deficiencias de tipo orgánico e impúbertad” (Suárez, 1992, pág. 235). Así, los NNA en situación de discapacidad mental son incapaces en razón a su discapacidad y también debido a su edad.

Dicha incapacidad también puede ser absoluta o relativa; la primera se da por “la falta absoluta de aptitud, en ciertas personas, para poderse obligar por sí mismas, debido a que por causas físicas o naturales, carecen de voluntad o no puede expresarla debidamente” (Suárez, 1992, pág. 237). La segunda es la falta de “aptitud de la que adolecen ciertas personas para obligarse por sí mismas, porque la ley las considera incapaces en razón de la edad, de la prodigalidad o de otras circunstancias” (Suárez, 1992, pág. 238).

En este punto es necesario, advertir que el artículo 1504 del Código Civil (1873) señala que los impúberes son incapaces absolutos, mientras que los menores adultos, son incapaces relativos.

> En términos generales, la regla es presumir la incapacidad del menor de edad. La ley civil reconoce la diferencia entre niños, impúberes y menores adultos estableciendo que las dos primeras categorías carecen de capacidad legal. De otra parte, reconoce capacidad relativa a los menores adultos. (Ospina & Otero, 2015, pág. 372)

Sin embargo, la incapacidad de los NNA, en a razón a su edad es rígida, y está totalmente desligada del concepto de desarrollo progresivo, ya que "a ningún menor de 18 años se le admite la prueba de que ya ha llegado al pleno desarrollo de sus facultades mentales" (Valencia & Ortiz, 2016, p. 542).

La ley 1306 de 2009 reglamenta ambos tipos de discapacidad, advirtiendo que discapacitado mental es aquel que "padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio." (art. 2)

Dicha ley se dio como una alternativa a la regulación del Código Civil, pues el mismo "desconocía los nuevos mandatos Constitucionales de protección a las personas con discapacidad vigentes desde 1991" (Ortiz, 2014, pág. 51). En su artículo 32, regula la medida de interdicción, la cual, continúa vulnerando lo derechos de las personas en situación de discapacidad mental, cuestión que se analizará a profundidad en el siguiente capítulo.

En suma, y visto desde el derecho civil que se acabó de exponer, los NNA en situación de discapacidad mental son incapaces a la luz de la ley y la doctrina colombiana. En el capítulo siguiente se estudiará como esta regulación va en contravía de lo exigido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, el derecho civil y su reglamentación de la capacidad no son la única opción si se trata de reglamentar la capacidad jurídica de los NNA en situación de discapacidad mental. El derecho de infancia y adolescencia ha acogido a la capacidad progresiva de ejercicio en algunas de sus normas como la CDN y la CDPD como alternativa para regular la capacidad de ejercicio de estas personas de acuerdo con su nivel de desarrollo, tal y como se verá a continuación

3.2 Capacidad progresiva de ejercicio

La capacidad progresiva es un concepto desarrollado por el derecho de infancia y adolescencia según el cual los NNA, de acuerdo con el grado de desarrollo en que se encuentren, pueden ejercer sus derechos y tomar decisiones por sí mismos. En otras palabras "permite cierta flexibilidad en la capacidad de los niños, niñas y adolescentes en función de grado de desarrollo intelectivo y personal que socialmente corresponde a cada edad" (Montejo, 2015, pág. 128). Lo anterior con base en la idea que los NNA se encuentran en desarrollo y a medida que van creciendo sus facultades van evolucionado

> Por lo tanto, cabe afirmar que el niño al encontrarse en constante evolución, incrementando su conocimiento, adquiriendo nuevas técnicas de resolución de problemas y alcanzando mayor agilidad de pensamiento, está logrando la habilidad para ejercer sus derechos, es decir, la capacidad de hecho. (Dezzi, 2012, pág. 44)

Es decir que la autonomía de los NNA, para la toma de decisiones que los afecten aumenta junto con su edad, por lo cual su capacidad cada vez es mayor, así, "a medida que crecen y se desarrollan, van adquiriendo progresivamente capacidad para tomar decisiones y para actuar en base a ellas" (Fundación Juan Vives Suriá, 2010, pág. 18).

Este concepto "adopta una investidura normativa en la noción de evolución de las facultades contenido en el articulo 5° de la Convención sobre los derechos del Niño" (Montejo, 2015, pág. 126) que dicta:

> Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (Convención sobre los derechos del Niño, 1989, art.5)

También, en su artículo 14, numeral 2 establece "Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades." (la Convención sobre los derechos del Niño, 1989, art. 14)

La exigencia de que los derechos y deberes que tengan los encargados de los NNA deben estar en consonancia con la evolución de sus facultades, no solamente es presentada en estos artículos, se reconoce a lo largo de toda la CDN y también se puede ver en las Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño.

En la Observación General No.15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24) el Comité afirma que:

> La infancia es un período de crecimiento constante que va del parto y la lactancia a la edad preescolar y la adolescencia. Cada fase reviste importancia en la medida en que comporta cambios diversos en el desarrollo físico, psicológico, emocional y social, así como en las expectativas y las normas. Las etapas del desarrollo del niño son acumulativas; cada una repercute en las etapas ulteriores e influye en la salud, el potencial, los riesgos y las oportunidades del niño. Entender la trayectoria vital es decisivo para apreciar la manera en que los problemas de salud de la infancia afectan a la salud pública en general.
>
> El Comité reconoce que las capacidades cambiantes del niño repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan a su salud. Observa también que, a menudo, surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerla. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 283)

En la Observación General No.4, referida a la salud y el desarrollo de los adolescentes el Comité afirma que los NNA "en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos" (Comité de los Derechos del Niño, 2003, pág. 23) y más específicamente, en la Observación General No.7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia, el Comité aclara que

> El artículo 5 se basa en el concepto de "evolución de las facultades" para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. (Comité de los Derechos del Niño, 2005, pág. 56)

En la Observación General No.12, cuyo objeto es el derecho del niño a ser escuchado el Comité reitera:

> La Convención reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres u otros tutores de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas, pero destaca que esto tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos y requiere que se haga en consonancia con la evolución de las facultades del niño. (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pág. 56)

Tanto la Convención, como las Observaciones citadas propenden porque a los NNA se les otorgue progresivamente la capacidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su desarrollo; igualmente porque las prerrogativas y responsabilidades de sus padres

concuerden con este desarrollo y permitan la máxima expresión de dichos derechos. Dicho de otra forma, la

> Convención establece que en todos los casos se debe apuntar a la autonomía y al desarrollo progresivo de los niños, quienes deben ser consultados expresando su opinión en todas las situaciones que afecten a su vida, y para la resolución de estas situaciones debe primar siempre el interés superior del niño. (Correa, 2013, pág. 22).

Es decir, que el concepto de desarrollo progresivo incorpora, entre otros aspectos, el derecho que tienen los NNA a que su opinión sea tomada en cuenta, siendo obligatorio consultarles en los asuntos que les afecten (Campaña, 2013, pág. 257).

Puntualizando, sobre los NNA en situación de discapacidad mental, en Observación General No.9 cuyo tema son los derechos de los niños con discapacidad ,el Comité enfatiza que “es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución.” (Comité de los Derechos del Niño, 2007, pág. 143). Más aún, el Comité ordena a los Estados partes “apoyar la formación para las familias y los profesionales en cuanto a la promoción y el respeto de las capacidades en evolución de los niños para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones en sus propias vidas.” (Comité de los Derechos del Niño, 2007, pág. 143).

Con lo anterior es claro, como en todos los aspectos de la vida de los NNA en situación de discapacidad mental, y de los NNA en general debería estar incorporada la visión de desarrollo progresivo con el fin de permitirles la participación en las decisiones que los afecten, de acuerdo con la evolución de sus facultades. Es decir, que toda norma que regule o pretenda regular temas que les competen debe tener incorporada transversalmente esta visión.

Este enfoque de desarrollo progresivo entra, como se verá en el siguiente capítulo, en tensión con la facultad de representación que en virtud de la patria potestad tienen los padres de los NNA en situación de discapacidad mental. Por lo cual es necesario adoptar una interpretación que permita poner en consonancia las instituciones de derecho tradicional con los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental asignándole un nuevo sentido a los derechos de los padres con respecto a sus hijos, donde los mismos dependan de la etapa en la que se encuentren estos últimos, y estén encaminados a lograr

el máximo desarrollo de los NNA de acuerdo con el proyecto de vida que ellos mismos elijan.

A continuación, se sintetiza el proyecto de ley 027 de 2017, el mismo plantea un sistema de apoyos para que las personas en situación de discapacidad puedan expresar su voluntad y actuar de acuerdo con ella. El mismo se reseña debido a que plantea una alternativa frente a la regulación vigente, donde se tiene en cuenta situación en la que se encuentra cada individuo para proporcionarle apoyos que le faciliten expresar su voluntad.

3.3 Proyecto de ley 027 de 2017 de la Cámara de Representantes

Tal y como se enunció, en este apartado se realizará una breve exposición de proyecto de ley 027 de 2017 de la Cámara de Representantes, pues el mismo es de especial interés para el objeto de estudio de este trabajo y ejemplifica como la regulación vigente de capacidad e incapacidad expuesta anteriormente puede ser sustituida por una regulación menos lesiva para los derechos de las personas en situación de discapacidad mental o, si se va más allá, también para los derechos de los NNA.

Este proyecto pretende garantizar la capacidad legal plena a las personas mayores de edad, en situación de discapacidad mental y asegurarles (tanta a mayores como a menores de edad) el acceso apoyos necesarios para ejercerla.

El proyecto de ley, en consonancia con la CDPD, se estructuró sobre la premisa según la cual las personas en situación de discapacidad mental son sujetos de derecho y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones que cualquier otra persona, por lo cual su capacidad no puede ser restringida o suprimida.

Así pues, el proyecto de ley prohíbe la interdicción y pretende modificar los artículos 62 ordinal 2, 784, 1504 y 2346 del Código Civil suprimiendo las palabras que hacen referencia a las personas en situación de discapacidad mental, y dejando las restricciones consagradas en estos artículos exclusivamente para los NNA.

También propone apoyos que buscan que las personas en situación de discapacidad mental puedan expresar su voluntad, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la capacidad no depende de estos últimos, así:

> Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.
>
> La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, tales como intérpretes, guías intérpretes, dispositivos tecnológicos, entre otros, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente. (Proyecto de ley 027, 2017, art. 11)

Los apoyos que se proponen son imparciales y dependen la necesidad, la voluntad, y las circunstancias específicas de cada persona, además de la duración del acto que se pretendía realizar (en ningún caso pueden durar más de 5 años). Los acuerdos apoyos se deben dar por medio de acuerdos entre el titular del derecho y las personas que prestaran el apoyo (a través de escritura pública o acta de conciliación), excepcionalmente por vía judicial, mediante un proceso verbal sumario o de jurisdicción voluntaria o mediante directivas anticipadas por medio de las cuales una persona tiene la facultad de tomar decisiones que versen sobre determinado o determinados asuntos de acuerdo a su voluntad expresada de forma anticipada y mediante cualquier forma de comunicación. Estas directivas no invalidan de ninguna forma la voluntad del titular del acto.

Las personas de apoyo tienen la obligación de asistir, guiar o interpretar la voluntad de la persona en situación de discapacidad mental, diligentemente y con buena fe. Además, deben mantener la confidencialidad de la información durante el proceso; solo se les permite representar all titular del acto con autorización judicial y cuando este último se encuentre totalmente imposibilitado para manifestar su voluntad.

Este proyecto de ley fue presentado el 4 de abril de 2017 y se encuentra en trámite en plenaria. Su contenido representa un verdadero avance respecto de la normatividad vigente, pues suprime totalmente la medida de interdicción, y busca implementar apoyos para que las personas en situación de discapacidad mental puedan expresar su voluntad en todos los actos que las afecten, sin embargo, no es suficiente, pues reserva la incapacidad jurídica para los NNA, lo cual, como se argumenta en este trabajo configura una violación de derechos.

Iniciativas como la plasmada en el referido proyecto de ley, de convertirse en normas en nuestro ordenamiento jurídico, podrían disminuir la brecha existente entre la regulación civil y lo exigido por las normas internacionales como la CDN y la CDPD. Aún más determinante, sería un cambio de interpretación, según el cual, todas las normas que

regulan cualquier tema inherente a los NNA o las personas en situación de discapacidad deban ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con los principios contemplados en la CDN y la CDPD. En esto se ahondará al final del siguiente capítulo.

Como conclusión de este capítulo es posible afirmar que para el régimen legal vigente los NNA en situación de discapacidad mental son incapaces en razón a su edad y también como producto de su discapacidad, lo anterior vulnera sus derechos. La capacidad progresiva, en consonancia con la CDN y CDPD, les permite, de acuerdo con su nivel de desarrollo ejercer sus derechos por lo cual es la mejor alternativa de regulación, así mismo el sistema de apoyos plasmado en el proyecto de ley 027 de 2017 ejemplifica exitosamente como podría funcionar una normatividad al respecto, sin embargo, el mismo está dirigido a las personas mayores de edad en situación de discapacidad por lo cual no es suficiente.

Una vez estudiado el régimen legal alrededor de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad, y vislumbradas las tenciones existentes, es procedente abordar la problemática de lleno, contraponiendo los derechos reconocidos y exigidos por la CDN, la CDPD y las demás normas y principios del bloque de constitucionalidad con las instituciones y la jurisprudencia nacional al respecto.

4 Restricción de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental por parte de sus padres ¿Cómo y hasta dónde? Una propuesta de interpretación

Como se ha venido anunciando el objetivo de esta tesis es contraponer las normas y principios que integran el bloque de constitucionalidad respecto a los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental con la normatividad vidente, particularmente con las instituciones que permiten que los padres limiten los derechos sexuales y reproductivos de sus hijos (patria potestad, potestad parental, prorroga de la patria potestad e interdicción), el mismo, se desarrollar a continuación para finalmente proponer una interpretación que permita reconciliar el ordenamiento jurídico interno con las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

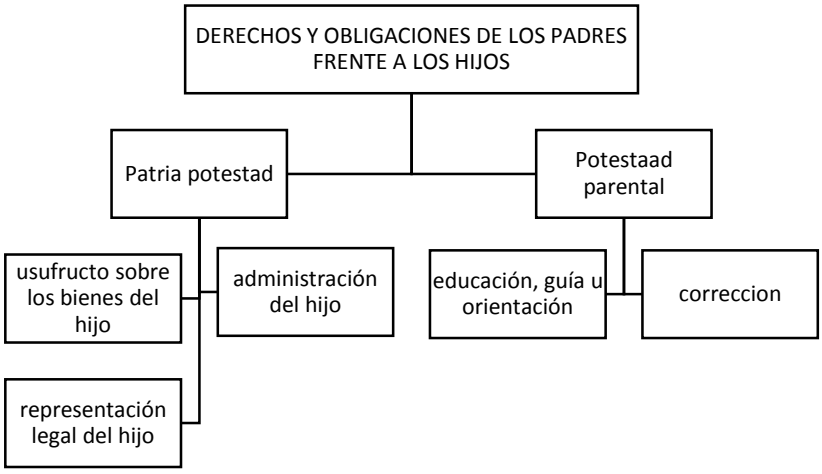
4.1 Restricción de los padres a los hijos: patria potestad, potestad parental y prorroga de la patria potestad

En este aparte se tratarán y problematizarán únicamente los derechos y las obligaciones de los padres frente a sus hijos y no de ellos frente a sus progenitores, pues estos últimos no son de interés para la investigación debido a que lo que se pretende es dilucidar de qué forma dichos derechos (concedidos a los padres) les permiten restringir los derechos sexuales y reproductivos de sus hijos.

Cada uno de estos derechos ha sido conceptualizado por diferentes doctrinantes; el siguiente mapa conceptual ilustra cómo serán desarrollados en el presente acápite y

pretende hacer más digerible su lectura, además de plantear una clasificación basada en los textos de distintos autores que serán citados a lo largo de este capítulo:

Figura 1. Derechos y obligaciones de los padres frente a los hijos


DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES FRENTE A LOS HIJOS
Patria potestad
Potestaad parental
usufructo sobre los bienes del hijo
administración del hijo
representación legal del hijo
educación, guía u orientación
correccion

Fuente. Elaboración propia con base en los conceptos de patria potestad y potestad parental

El Código Civil, en su Título XII, diferencia dos tipos de derechos - deberes, que tienen los padres frente a sus hijos en virtud de su parentesco: los derivados del trato personal (la autoridad o potestad parental) y los de carácter patrimonial (patria potestad), muchas veces ambos son agrupados dentro del concepto de patria potestad, a continuación, se realiza un breve excurso sobre esta distinción:

Tabla 7. Conceptos de patria potestad y potestad parental en la jurisprudencia y la doctrina colombiana

Autor/autores	**Patria potestad y potestad parental**	**Cita textual**
Valencia Zea y Ortiz Monsalve	La potestad parental reúne ambas instituciones.	"Que nuestro Código, siguiendo la tradición y en armonía con el Derecho Civil contemporáneo, agrupa en dos importantes categorías: a) efectos de orden personal, esto es los que dependen simplemente de la relación de parentesco y que se hallan constituidos por los derechos y obligaciones que tienen los padres para con la persona de sus hijos y estos para con sus padres, independientemente de la potestad sobre los bienes (patria potestad); b) efectos de orden

		patrimonial, que son los que integran la institución de la patria potestad (según el viejo lenguaje del Código). Ambas clases de efectos integran lo que debe denominarse potestad parental" Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia (Como se citó en Tobón Berrío, 2015, pág. 162)
León Jaramillo	Son instituciones diferentes.	"A diferencia de lo que algunos autores han llamado potestad paterna, constituida por el conjunto de los derechos y obligaciones que regula el Título XII del libro Primero del C.C., la patria potestad, consagrada en el Título XIV" Derecho de Familia y de Menores (Como se citó en Tobón Berrío, 2015, pág. 164)
Corte Constitucional	Son lo mismo	"(...) esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental (...)" C 1003 de 2007 (Como se citó en Tobón Berrío, 2015, pág. 164)
Código Civil	Son complementarios	La patria potestad son derechos que se le reconocen a los padres "para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone" Articulo 228 (Como se citó en Tobón Berrío, 2015, pág. 165)
Tobón Berrio	Interpretación intermedia, según la cual se complementan solo si son ejercidas por los padres, de lo contrario terceros pueden ejercer algunas funciones en pro de proteger a los niños, niñas y adolescentes	"(…) la patria potestad y la autoridad parental cuando están siendo ejercidas por los progenitores actúan de manera complementaria, la una de la otra, pero si el ejercicio pasa a estar radicado en cabeza de terceros por la falta física o jurídica de los padres biológicos la patria potestad desaparece, a menos que los infantes sean adoptados."(Tobón Berrío, 2015, pág. 168) "Sin embargo, en caso de encontrarse estos impedidos para ello, pueden terceros entrar a ejercer algunas funciones, precisamente en virtud de la protección al niño y el derecho a la familia que también poseen los consanguíneos con quienes se ha construido lazos de afecto e incluso terceros con quienes se han estructurado relaciones familiares." (Tobón Berrío, 2015, pág. 168)

Fuente. Elaboración propia con base en el artículo: Interpretación Crítica de las Instituciones de Regulación de las Relaciones Filioparentales: Patria Potestad y Autoridad Parental. De Luz Estela Tobón Berrío

Además de las posiciones presentadas en la anterior tabla, es importante tener en cuenta a otros autores como Roberto Suarez Franco (1992) quien diferencia entre patria potestad derechos patrimoniales) y autoridad paterna (derechos de crianza):

> Los derechos de crianza, educación y corrección de los hijos que eran en el derecho antiguo la manifestación mas eficiente de la patria potestad, pasaron a constituir lo que podría llamarse "la autoridad paterna", hoy ejercida por ambos padres conjuntamente. Los derechos de carácter puramente patrimonial constituyen la patria potestad propiamente tal.(pág. 142)

Se resalta, también la perspectiva del profesor Pedro Lafont Pianetta (2009), para quien la patria potestad es la concepción tradicional y la potestad parental es la concepción contemporánea a de la institución.

> Mientras que en la concepción tradicional recogida en el articulo 268 del C.C. (que fuera subrogado por el articulo 19 de la ley 75 de 1968) la patria potestad era concebida como "aquel conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad le impone" En tanto que, en la actualidad, teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico pertinente (arts. 42 de la Cons. Pol,; 14 del C.I.A.; y 288 del C.C.) es preciso entender por "potestad parental aquella especie de potestad familiar" que se le reconoce a los padres en relación con los hijos, a fin de permitir el funcionamiento de la familia y, en especial, el de la relación paterno filiar. (pág. 494)

Sin dejar de lado lo anterior, y para facilitar el desarrollo de este aparte a continuación se expondrán por separado lo conceptos de patria potestad y potestad parental.

La patria potestad es una institución que se considera "es de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal" (Instituto Colombiano de bienestar Familiar [ICBF], 2012, pág. 2) y se encuentra regulada a partir del artículo 288 del Código Civil (1873) que dicta: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone." (art.288).

Se encuentran bajo la patria potestad de sus padres (a falta de uno, del otro) "todos los menores de dieciocho años que no hayan sido emancipados" (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 1995, pág. 455)

En el derecho Romano, la legislación preveía estos derechos solamente para el padre y los mismos eran absolutos; en efecto, el padre tenía "el derecho de vida y muerte sobre la persona de sus hijos" (Fernández, 1919, pág. 17).

Adicionalmente el padre no tenía con su hijo ningún deber y éste no tenía ningún derecho frente a aquel. “Las sucesivas limitaciones que fuéronse imponiendo a la patria potestad, vinieron a constituir naturalmente las obligaciones del padre para con el hijo y los derechos de este con respecto a aquel” (Fernández, 1919, pág. 18).

Hoy, la patria potestad “está constituida por derechos concedidos por la ley a los padres para permitirles el cumplimiento de los deberes impuestos en procura de la mejor formación de los hijos” (Jaramillo, 2008, pág. 630). Entendiendo padres, como padre y madre, pues fue “el decreto 2820 de 1974 el encargado de reconocer la igualdad de derechos a la mujer y el hombre frente a sus hijos” (Tobón, 2015, pág. 163).

Según, Marco Gerardo Monroy Cabra (1996) estos derechos, se dividen en usufructo sobre los bienes del hijo, administración de los mismos y representación legal del hijo (pág. 171). Los dos primeros son de carácter patrimonial, el último de especial importancia, pues, los NNA que están bajo la patria potestad de sus padres no pueden obligarse sin su consentimiento, veamos: “el hijo de familia personalmente, por regla general, no pueden celebrar actos o contratos; para obligarse válidamente requiere estar representado por sus padres, y en defecto de estos, por un curador. (Suarez, 1992, pág. 190). Sobre cómo opera esta representación se ahondará más adelante.

Es importante anotar que estos derechos “no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en favor del interés superior del hijo menor” (Leiva, 2011, pág. 13).

Por su parte, la potestad parental es la obligación que tienen los padres de “velar por el cuidado personal de sus hijos” (Suarez, 1992, pág.146), cuando “cumplen a cabalidad con la obligación de cuidar a sus hijos, tienen sobre ellos varios derechos” (Valencia & Ortiz, 1995, pág. 445)

Frente a la potestad parental, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (1995), plantean que los padres tienen dos derechos frente a sus hijos: el derecho de dirigir su educación y el derecho de corrección. El primero, según el Código Civil (1873), es a través del cual los padres “dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos” (art. 264). El segundo, es por medio del cual los padres tienen la facultad de corregir a sus hijos, esto, dentro de unos límites establecidos jurisprudencialmente.

A continuación, se tratará ambos derechos, teniendo en cuenta que la facultad de educación guía u orientación no siempre implica el uso de la facultad de corrección y que ambas encuentran límites en la prohibición de tratos crueles y degradantes y en la autonomía de los NNA.

La facultad de orientación guía o educación se refiere a "formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad" (Medina, 2014, pág.12). Dicha facultad debe estar encaminada a

> generar procesos que permitan el desarrollo de seres pensantes, reflexivos, autónomos, preparados para afrontar el angustioso a la vez que maravilloso camino de la vida, de modo tal que cuenten con las herramientas que les posibiliten forjarse un mundo (propio y colectivo) lo más cálido posible, lo menos violento y excluyente imaginable. (Herrera & Spaventa, 2007, pág. 79)

Esta facultad debe ser entendida como un derecho-deber de naturaleza mixta pues "en su dimensión de derecho se ejercería frente al Estado, y nunca frente a los hijos, respecto de los cuales se trataría de un auténtico deber que será ejercido siempre de acuerdo a los intereses de estos últimos" (García, 2009, pág. 347)

Adicionalmente, debe estar en concordancia con el desarrollo progresivo de los NNA, de manera que:

> Este derecho y este deber, al hilo de lo que hemos indicado, se ejercen exclusivamente en función de la edad, la capacidad y la madurez del hijo menor, teniendo como objetivo principal que éste pueda elegir libremente, de acuerdo con los dictados de su conciencia. (Acedo, 2005 pág. 13).

Por su parte, la facultad de corrección es el complemento a la faculta de educación, guía u orientación, así, "la corrección parental se refiere a la modificación, rectificación, cambio, enmienda; es el complemento de la educación y crianza, pues con ella se busca formar a los hijos en sus conductas" (Montoya, 2018, pág. 31)

Dicha facultad de corrección de los padres debe estar dirigida a la educación de los hijos, es decir, debe buscar formar a los NNA y "no puede en momento alguno vulnerar los derechos fundamentales que poseen los hijos" (Leiva, 2011, pág. 14). Según la Corte Constitucional (1994):

> Es conveniente considerar la armonía que debe haber entre el derecho-deber de corrección que tienen los padres con respecto a sus hijos y el derecho a la integridad física y moral de que son titulares todos los seres humanos. Los padres pueden, evidentemente, aplicar

> sanciones a sus hijos como medida correctiva, pero dicha facultad paterna no puede lesionar la integridad física y moral del menor bajo su potestad. (pág. 7)

Surge la pregunta ¿Qué conductas pueden sancionar los padres? Al respecto no existe un criterio unificado, la Corte ha reiterado que el Estado "no puede prohibir a los padres que sancionen a sus hijos por las faltas que cometan, como tampoco crear una tabla de sanciones y menos ordenar que se observe un debido proceso, lo cual sería absurdo" (Corte Constitucional, 1994, pág. 5 y 6)

Al respecto la CDN (1989) compromete a los Estados Parte a tomar las medidas necesarias proteger a los NNA que estén a cargo de sus padres, representante legal o cualquier otra persona de "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" (art. 19), además los artículos 28 y 37 proscriben la violencia y los tratos crueles contra los NNA en el entorno familiar y educativo.

Sobre esto, el Comité de los Derecho del Niño (2006) en su Observación General No. 8, cuyo objeto es *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* ha afirmado que los derechos y deberes de los padres de impartirle a los niños, niñas y adolescente dirección y orientación (artículo 5 de la Convención) debe ser interpretada de forma "coherente con el resto de la Convención y no permite ninguna justificación de formas de disciplina que sean violentas, crueles o degradantes." (pág. 126)

Más aún:

> El Comité insiste en que la Convención exige la eliminación de toda disposición (en el derecho legislado o jurisprudencial) que permita cierto grado de violencia contra los niños (por ejemplo, el castigo o la corrección en grado "razonable" o "moderado") en sus hogares o familias o en cualquier otro entorno. (Comité de los Derechos del Niño, 2006, pág. 127).

El mismo Comité, en su Observación General No. 13, sobre el *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* precisa, sobre el interés superior del niño: "Lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención." (Comité de los Derechos del Niño, 2011, pág. 249). Reitera entonces, que la mejor forma de proteger el interés superior de los NNA es "prevenir todas las formas de violencia y promover la crianza

positiva de los niños" (Comité de los Derechos del Niño, 2011, pág. 249), además de invertir en la protección y atención de estos, con base en sus derechos.

En suma, la facultad de educación, guía u orientación y la de corrección que tienen los padres encuentran límites en la integridad física y moral de los NNA y también, en la autonomía y la facultad de disposición que estos tienen sobre su cuerpo, su nombre y aspectos similares que han venido siendo determinados jurisprudencialmente, así, "el deber de educación comprende el respeto a la autonomía del menor. No obstante, el padre debe ejercer debidamente la autoridad, y estar dentro de sus límites razonables para corregir". (Leiva, 2011, pág. 8)

Ejemplo de lo anterior, son los casos donde la Corte ha evaluado los derechos de los padres frente a la autonomía de los NNA en temas como intervenciones quirúrgicas donde esta corporación ha afirmado:

> En el caso de los niños, niñas y adolescentes, en principio, corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación de un estado patológico, a través del denominado consentimiento sustituto. No obstante, esta facultad no es absoluta, y por el contrario: (i) debe garantizarse que la opinión del niño sea consultada, de acuerdo a su edad y madurez y (ii) bajo ciertas circunstancias resulta indispensable el consentimiento informado del menor de 18 años, en aras de salvaguardar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la proyección de la identidad y autonomía personal y, en últimas, la vida digna, especialmente en aquellos procedimientos altamente invasivos y definitivos.(Corte Constitucional, 2011, pág. 31)

También en temas como cambio de nombre en NNA transgénero (T498 de 2017), intervenciones para NNA con hermafroditismo (T-477 de 1995; T-912 de 2008; T-551 de 1999), ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna (C-239 de 1997; T 544 de 2017), entre otros.

Finalmente, la prórroga de la patria potestad es una institución que pretende que los padres sigan con la patria potestad de sus hijos y los derechos y obligaciones que de esta devienen, así "la patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayoría de edad" (Cornella,2000, pág. 347)

En Colombia esta figura está regulada en la ley 1306 de 2009 que dicta

> Los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez este haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad. (art. 26)

Según el ICBF (2009):

> El lapso de tiempo establecido en el anterior artículo tiene plena vigencia, teniendo en cuenta que se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el cual no existe contraposición de intereses entre las partes, existiendo la posibilidad de que con la admisión de la demanda se decrete la interdicción provisoria, o provisional, y en consecuencia la representación legal del menor empate con la judicial del mayor incapacitado y pueda prorrogarse de manera indefinida el estado de sujeción a la patria potestad. (pág. 3)

Así, esta prórroga opera en los casos en que los NNA en situación de discapacidad estén próximos a cumplir la mayoría de edad y sirve para que los mismos sigan bajo la patria potestad de sus padres cunado la cumplan.

Ahora bien, para entrar en la discusión sobre la limitación parental de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, es necesario inicialmente exponer los problemas que se generan a partir instituciones jurídicas estudiadas (potestad parental, patria potestad y prórroga de la patria potestad) esto, se desarrollara a continuación:

Hasta aquí se ha planteado que los niños, niñas y adolescentes y las personas en situación de discapacidad mental tienen derechos, entre estos los sexuales y reproductivos y los padres tienen unas facultades (entre las que se encuentran representación, educación, guía u orientación y corrección) que deben estar encaminadas a que los NNA puedan ejercer sus derechos de acuerdo con su desarrollo.

Sin embargo, en ocasiones los padres, en ejercicio de la potestad parental y la patria potestad pueden restringir los derechos de sus hijos, y utilizar sus facultades para ir más allá de las mismas. Al respecto la Corte Constitucional (1995) ha expresado que:

> En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses. (pág. 30)

Se entiende entonces, que según esta sentencia de la Corte Constitucional a través de las instituciones de patria potestad o potestad parental, entendiendo que la Corte no hace la diferenciación (Tabla 8), los padres pueden restringir y tomar decisiones que consideren a favor de sus hijos así ellos no estén de acuerdo.

Lo anterior en contravía de lo planteado por el Código de Infancia y Adolescencia (2006) que dicta:

> La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.
>
> En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos. (art. 14)

El enfoque de este articulado normativo, al igual que el plasmado a lo largo de la CDN y las Observaciones Generales del Comité, anteriormente citadas, propende por que los padres den una guía a sus hijos durante su proceso de formación y proscribe cualquier tato cruel, violento o degradante, además prohíbe restringir el ejercicio de los derechos de los NNA que estén bajo la patria potestad de sus padres, pues estos últimos deben propender por la satisfacción máxima de dichos derechos.

Ahora bien, dentro de la patria potestad, como ya se estudió, se encuentra la facultad que tienen los padres de representar a sus hijos, la forma como se encuentra regula dicha facultad visibiliza, aún más, la dicotomía que se encuentra entre la capacidad la progresiva que otorga la CDN a los NNA y la rigidez de la legislación Colombiana frente al tema.

La representación legal que los padres tienen sobre sus hijos es “una representación que actúa de plano, sin necesidad de requisitos.” (Valencia & Ortiz, 1995, pág. 457) y se divide en dos: judicial y extrajudicial, la primera ópera en los procesos judiciales y puede darse por cualquiera de los dos padres, la segunda es para cualquier tipo de acto no judicial y se debe dar por ambos padres, es decir, debe ser conjunta y “puede dar lugar a conflictos en caso de desacuerdo entre los padres acerca del modo de ejercerla (…) El artículo 307 de C.C., en su último inciso estatuye que debe acudirse al Juez para que dirima la controversia” (Valencia & Ortiz, 1995, pág. 459)

Como se ve, en virtud de esta facultad de representación, los NNA a la hora de actuar deben contar con uno de sus padres (si requieren representación judicial) y con ambos (si requieren representación extrajudicial); para cuestiones tan simples como pedir una cita médica o presentar un derecho de petición, esto, independientemente de la edad que tengan, es decir de cero a dieciocho años. Lo cual dista mucho del enfoque de desarrollo progresivo, que como ya se estudió, contemplan los instrumentos internacionales de protección de derechos.

> El instituto de la "patria potestad" detenta que son los progenitores quienes tienes la potestas de decidir sobre sus hijos menores de edad, haciendo alusión al antiguo modelo que concebía al niño como objeto de protección. En este sentido, el régimen contradice lo que el principio de autonomía progresiva viene a sostener, en cuanto a los adultos tienen que impartir orientación para que sean los niños quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos. (Viola, 2012, pág. 87)

Si bien, el enfoque de desarrollo progresivo entra en tención con la institución de patria potestad concebida tradicionalmente, como lo demuestran las sentencias de la Corte Constitucional citadas, es importante señalar que, jurisprudencialmente la visión de desarrollo progresivo ha venido siendo incorporada y como se verá (Tabla 9), entre más recientes son las sentencias otorgan, un mayor valor a la autonomía de los NNA.

Así, en la sentencia C 569 de 2016 la Corte, en concordancia con la jurisprudencia de su último periodo, en el que reconoce el enfoque de desarrollo progresivo y da prevalencia a la autonomía de los NNA por encima las facultades que tienen sus padres sobre ellos concreta:

> Finalmente, el cuarto principio general es el de respeto a las opiniones del niño, en virtud del cual debe reconocerse al niño como "participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos". También en varias ocasiones la jurisprudencia Constitucional ha insistido en la importancia de escuchar y respetar las decisiones de los menores. Así lo sostuvo la Corte, en un caso en el que la Defensoría del Pueblo había iniciado medidas de restablecimiento de dos niños adoptados por una persona homosexual, en el cual consideró que la Defensoría desconoció los derechos de los niños por no tomar en cuenta su voluntad de no ser separados de su padre adoptante. También lo ha invocado en el marco de la realización de procedimientos médicos a menores de edad, en los que ha sostenido que entre más clara sea la autonomía individual de los niños, más intensa es la protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que tienen derecho a expresar libremente su opinión en estos asuntos Además, la Corte observa que este principio guarda plena coherencia con una concepción del

> niño como sujeto titular del derecho a la dignidad humana, a quien debe reconocérsele de manera progresiva mayor autonomía para definir su proyecto de vida y llevar a cabo acciones encaminadas a lograrlo. (Corte Constitucional, 2016, pág. 18)

Para señalar la evolución jurisprudencial que se ha dado respecto al desarrollo progresivo de los NNA se presenta la siguiente tabla

Tabla 8. Evolución jurisprudencial del enfoque de los Derechos de los Niños Niñas y Adolscentes Frente a sus Padres

Enfoque	Periodo	Sentencias	Particularidades
Restrictivo	I	C 371 de 1994	Priman las facultades de los padres. Imposibilidad de prohibir a los padres que sancionen a sus hijos.
		T 123 de 1994	Facultades sancionatorias de los padres con limites en la integridad física y moral de sus hijos
		T 1019 de 2006	Además del consentimiento de los padres, debe existir una autorización judicial para practicar a los niños, niñas y adolescentes procedimientos médicos con consecuencias definitivas
Desarrollo progresivo	II	C 900 de 2011	Importancia del consentimiento y autonomía de los niños niñas y adolescentes que están bajo la patria potestad de sus padres.
		C 569 de 2016	Participante del niño en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos
		T 544 de 2017	Muerte digna. Consulta a la voluntad de los niños niñas y adolescentes según su desarrollo psicológico, emocional y cognitivo.
		C 113 de 2017	Desarrollo progresivo, participación de los niños, niñas y adolescentes en el curso de su propia existencia, de acuerdo con su nivel de madurez.

Fuente: Elaboración propia con base en algunos fallos de la Corte Constitucional sobre desarrollo progresivo.

Aunque existe una evolución jurisprudencial importante, la legislación colombiana establece que los NNA, por el hecho de serlo, además de ser guiados por sus padres a la hora tomar decisiones personales deben estar representados por ellos para obligarse legalmente o comparecer ante la justicia. Por lo, cual la interpretación y aplicación de las normas expuestas deja de lado que los NNA además de capacidad de goce tienen capacidad de ejercicio, por ende deben poder ejercer sus derechos, de acuerdo con su desarrollo progresivo y se les violan sus derechos con una normatividad tan rígida que permite que sus padres intervengan en su vida y tomen decisiones por ellos indistintamente de la etapa de desarrollo en la que se encuentren.

Así,

> Dejar que siempre o casi siempre sean los padres quienes en última instancia tomen las decisiones pertinentes respecto a la vida del niño, determinando, así, en cada caso, cual es el mejor interés del niño y cuales las medidas que hay que adoptar para su efectiva consecución, en cuanto supone desequilibrar el fiel de la balanza de los derechos de los niños al poder de los padres sobre sus hijos, hace que rechace esta vía como la principal vía de inclusión social del niño. (Campoy, 2009, pág.152)

Es decir, la interferencia indiscriminada de los padres, en los derechos, particularmente, en los derechos sexuales y reproductivos de sus hijos por medio de las facultades de representación, educación, guía u orientación y corrección, que les otorga la legislación colombiana, va en contravía de lo exigido por la CDN particularmente en lo que tiene que ver con capacidad, desarrollo progresivo y participación, y además viola dichos derechos al impedirles a los niños niñas y adolescentes ejercerlos.

4.2 La restricción de la capacidad de las personas en situación de discapacidad mental: medida de interdicción

En este aparte se estudiará la medida de interdicción que se le impone a las personas en situación de discapacidad mental.

Como se expuso anteriormente en la ley 1306 de 2009, se realiza una distinción entre personas en situación de discapacidad mental relativa y personas en situación de discapacidad mental absoluta, a estas últimos les impone la interdicción como “una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado” (ley 1306, 2009, art. 25).

Tal como se advirtió, los actos realizados por las personas en situación de discapacidad mental absoluta son absolutamente nulos: “Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el presente capitulo, los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido” (ley 1306, 2009, art. 48). Lo anterior, en consonancia con lo el articulo 1502 (y subsiguientes) del Código que señalan que las personas en situación de discapacidad son incapaces absolutos, y sus actos no producen obligaciones.

> el Código Civil continúa asociando el concepto de discapacidad mental con el concepto de incapacidad legal. Es así, como el artículo 1504 del Código Civil, señala que los dementes, hoy persona con discapacidad mental (Ley 1306 de 2010), y sordomudos (sic) son

> incapaces absolutos y sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales. (Vallejo, Hernández & Posso, 2017, pág. 7)

En este punto es importante anotar que los actos gratuitos que son favorables a las personas en situación de discapacidad mental absoluta, si son válidos, así, la misma ley 1306 de 2009 dicta: "Todo acto gratuito desinteresado o de mera liberalidad de persona capaz en favor de personas con discapacidad mental absoluta o a impúberes es válido y se presume el consentimiento de su representante legal." (art. 49). Aunque esta norma busca dar validez a los actos gratuitos a favor de los discapacitados mentales absolutos y de los NNA, no tienen en cuenta el criterio de utilidad, por lo cual ha sido criticada.

> A pesar de las apariencias, el criterio de utilidad o beneficio debería haberse tenido en cuenta; por muy gratuita que sea una donación, puede llegar a causar inconvenientes que se reflejan directamente sobre el patrimonio y aún sobre la vida personal. Pensemos, por ejemplo, en la donación de una biblioteca compuesta por obras obsoletas desactualizadas, sin clasificar y que necesitan ocupar espacios inmensos que es necesario desocupar en poco tiempo; o en la de un automóvil cuyos impuestos y comparendos no se han pagado oportunamente. (González de Cancino, 2012, pág. 8).

Hasta aquí que lay 1306 de 2009 y realiza una distinción entre personas en situación discapacidad relativa y personas en situación de discapacidad absoluta, los actos realizados por los últimos son absolutamente nulos (exceptuando aquellos que son gratuitos y les son favorables). Adicionalmente, la misma ley en su artículo 32, impone la medida interdicción para los discapacitados mentales absolutos, definida como "un proceso legal mediante el cual se establece que una persona no está en capacidades mentales para ejercer determinados actos de la vida civil" (Ministerio de Salud y Protección Social & UNFPA, 2013, pág. 33) y la medida de inhabilitación a las personas en situación de discapacidad mental relativa, a través de la cual dichas personas "podrán ser inhabilitados para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aún por el mismo afectado." (Congreso de Colombia, 2009, pág.15).

La misma ley 1306 de 2009 regula el proceso de interdicción, que tiene como objetivo asignarles a los discapacitados mentales absolutos una persona que administre su patrimonio y los represente en el momento de ejercer sus derechos y obligaciones. Dicha regulación va en contravía de lo exigido por la CDPD y de los mismos objetivos de la ley,

que buscaba hacer efectivos los derechos de las personas en situación de discapacidad mental de acuerdo con los Constitución y los Convenios internacionales ratificados por Colombia.

> Una de las críticas que se hacían al régimen anterior de las incapacidades estaba referida a las restricciones, casi absolutas que se consideraban debían tener los discapacitados mentales. El nuevo sistema necesariamente estaba compelido a romper con ese esquema y sólo restringir su libertad por necesidad y con mínima intervención, para poder así dar plena vigencia a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad, que hoy deben ser el fundamento de las normas y medidas de protección; si bien se tienen en cuenta en el artículo 2° cuando señala que la incapacidad jurídica debe ser correlativa a su afectación, su aplicación sólo se presenta frente a los discapacitados mentales relativos. La interdicción establecida como obligatoria para todos los discapacitados mentales absolutos desconoce estos principios y coartan su libertad, a punto tal que termina siendo una limitación mayor." (Ortiz, 2014, pág. 51)

Según la ley "La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos de la persona en situación de discapacidad mental y, en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla" (Ley 1306, 2009, art. 25). Sin embargo, no queda claro porque esta medida puede ser de restablecimiento de derechos, pues su objetivo es precisamente restringir tajantemente los mismos, ya que con la medida de interdicción se cede la capacidad de ejercicio de la persona en condición de discapacidad mental a otra persona, quien se encargará de tomar todas las decisiones por ella.

> Tradicionalmente se ha afirmado que la finalidad de la norma es proteger la integridad del patrimonio de este grupo de personas, pero en la práctica esta posición conlleva el desconocimiento de los lineamientos de la CDPD que reclama el pleno uso y ejercicio de todos los derechos sin restricción, sin que para tales efectos importe la condición personal del sujeto. Para el legislador Colombiano resulta más importante la validez del derecho, que el reconocimiento del principio de dignidad humana y de autonomía de la voluntad, pues continua sin propiciar los cambios normativos que se requieren implementar conforme al modelo social que se reconoce en la CDPD a partir del cual y bajo la perspectiva del enfoque de derechos, corresponde al Estado y a la sociedad eliminar las barreras y realizar los ajustes necesarios para garantizar a todas las personas la capacidad de auto determinarse. (Vallejo, Hernández & Posso, 2017, pág. 7)

Con lo anterior es claro que la interdicción es la "sustracción de la capacidad jurídica de una persona" (Jaime Pardo, 2015, pág. 21) y permite que otras personas, tomen decisiones por ella, decisiones de cualquier tipo, entre ellas las que versan sobre sus derechos sexuales y reproductivos, como se verá en el siguiente capítulo.

El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) ha sido clave en el trabajo por los derechos humanos, la igualdad e inclusión social de personas en situación de discapacidad mental. Ha afirmado vehementemente que la interdicción es una medida inviable y violatoria derechos, pues mediante este procedimiento: "un juez cede a otro, a un tercero, la capacidad jurídica de la persona tras declararla incapaz absoluta. Eso incluye el poder sobre su patrimonio, el derecho al voto y cualquier decisión que las afecte, como los procedimientos médicos." (Universidad de los Andes, 2016). Según el mismo PAIIS

> Un diagnóstico médico no determina que alguien pueda o no tomar decisiones sino los apoyos que recibe en el transcurso de su vida. Entonces, se trataría de cambiar el modelo de supresión de la voluntad a otro de toma de decisiones con apoyos.
>
> El centro de la toma de decisiones de una persona debe ser su voluntad. Y se parte de que todos, independientemente de la discapacidad, la tienen. Hay personas que no pueden caminar, que no se expresan con lenguaje oral, pero con seguridad tienen voluntad y preferencia. Ahí está la exclusión, porque no asumimos como válidas esas diferentes formas de expresión. (Universidad de los Andes, 2016).

Otras organizaciones para la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad mental han afirmado, en el mismo sentido:

> Aún en Colombia, a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, independiente de su capacidad funcional, habilidades sociales y su desarrollo de juicio moral para la toma de decisiones, no pueden ejercer como ciudadanos, no pueden elegir ni ser elegidos, no pueden participar en debates con voz y menos con voto, no pueden firmar un contrato laboral y son declarados interdictos –incapaces- al tener la mayoría de edad y su capacidad legal esta determinada por un diagnóstico clínico, tema que va absolutamente en contravía del planteamiento del Art 12 de la Convención, que a continuación presentamos. (Asdown, Making it Work & FundaMental Colombia, 2010, pág. 8).

Y también:

> Actualmente, el ordenamiento jurídico colombiano permite a las familias e inclusive a terceros interesados, como profesionales de la medicina y operadores jurídicos, promover el proceso judicial de interdicción de las personas con discapacidad, el cual puede resultar -y resulta en muchos de los casos-, en la sustracción de la capacidad jurídica de las personas y en el nombramiento judicial de un representante legal. Dicho proceso judicial no permite el ejercicio del legítimo derecho a la defensa por parte de la persona con discapacidad, quien no es considerada por los jueces como parte del proceso y muchas veces no se toma en cuenta su testimonio, sino que se le considera únicamente como destinatario de una orden judicial.
>
> Bajo la justificación de la sustracción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su validez en el sistema jurídico colombiano, se aceptan prácticas contrarias a lo consagrado en la CDPD (…) (Correa & Castro, 2016, pág. 64).

Sobre el trámite de la medida interdicción puntualmente, la Corte Constitucional, en su sentencia T 026 de 2014 ha aclarado que este proceso se adelanta ante un Juez de Familia, quien después de agotado el trámite "ordenará que una persona idónea (familiar o profesional), le administre el patrimonio a quien está en situación de discapacidad mental y ejerza sus derechos y obligaciones." (Corte Constitucional, 2014, pág. 23).

Con lo anterior se puede afirmar que en Colombia las personas en situación de discapacidad mental absoluta son incapaces en razón de su discapacidad, por lo cual carecen de capacidad de ejercicio. Lo anterior en total contravía de lo establecido en la CDPD (2006):

> Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (art. 12)

Y su Observación General sobre el artículo 12 que plantea:

> Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones y la negación de la capacidad jurídica han afectado, y siguen afectando, muchísimo más a las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, pág. 3)

Es claro entonces que la interdicción como medida obligatoria para todas las personas en situación de discapacidad mental absoluta limita en gran medida sus derechos, incumpliendo así con las exigencias de la convención.

> En virtud del art. 12 el déficit de capacidad mental, ya sean supuestos o mentales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica. Con la consagración de este derecho se debe reevaluar la histórica protección del Estado, regulado bajo el principio del interés superior de la persona con discapacidad cognitiva y mental que sistemáticamente ha puesto en desventaja a las personas con discapacidad. Se debe garantizar es el derecho a la autonomía de la voluntad que implica el reconocer la voluntad y la preferencias de estas

> personas en la toma de decisiones, esto significa que no se debe sustituir la autonomía de la voluntad a través de los sistemas de sustitución o de interdicción como en el caso de Colombia, por el contrario, el Estado debe proveer un sistema de apoyos para la toma de decisiones en el que prevalezca la voluntad, la presencia y las preferencias de la persona con discapacidad cognitiva y mental. (Vallejo, Hernández & Posso, 2017, pág. 19).

Concretamente la interdicción, como medida que busca asignarles a quienes se encuentran en condición de discapacidad mental absoluta una persona que administre su patrimonio y los represente en el momento de ejercer sus derechos y obligaciones, es una medida desproporcionada e inviable que buscando proteger los derechos de este grupo de personas termina por restringir tajantemente los mismos, impidiendo su ejercicio.

Para finalizar este capítulo, por ser de suma importancia para esta investigación, se resalta el contenido del artículo 50 de la ley 1306 de 2009 que dicta:

> Todo acto relacionado con el Derecho de Familia de personas con discapacidad mental absoluta deberá tramitarse ante el Juez de Familia. Son ejemplos de estos actos el matrimonio, el reconocimiento o impugnación de la filiación, la entrega en adopción de hijos, la prestación alimentaria a favor de terceros y otros actos que se asimilen. (art. 50)

En la misma norma se aclara, que si dichas personas se encuentran en estado de lucidez deberán ser escuchadas, sin embargo, no se establece claramente si su opinión es determinante en el proceso. La norma también señala que:

> Parágrafo: Los sujetos con discapacidad, no podrán ser discriminados por su situación en cuanto a las relaciones de familia, en especial al ejercicio pleno de sus derechos relacionados con la constitución de una familia y su participación en ella. Corresponde al Juez de familia autorizar las restricciones a estos derechos por razones de protección del individuo. (ley 1306, 2009, art. 50)

Es decir, que las personas en situación de discapacidad mental absoluta deben contar con autorización judicial para conformar una familia y contraer matrimonio; y aunque el parágrafo citado pretenda atenuar el contenido de esta norma, señalando que no se les podrá discriminar, especialmente en cuanto a los derechos relacionados con la constitución de una familia, la facultad del juez para restringir los derechos mencionados es innegable.

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016) afirmó:

> El Comité expresa su preocupación porque las personas con discapacidad cuya capacidad jurídica se ve restringida debido a la declaratoria de interdicción no pueden contraer matrimonio ni formar una familia sin autorización judicial.
>
> El Comité insta al Estado parte a que derogue toda restricción que limite o impida a personas con discapacidad contraer matrimonio y formar una familia sobre la base del consentimiento

> previo de las parejas. Además le recomienda que tome medidas para prohibir explícitamente en la ley colocar a los niños fuera de sus familias sobre la base de la discapacidad, y garantizar mecanismos de apoyos disponibles en la comunidad para progenitores con discapacidad. (pág. 9)

Al igual que lo que sucede con la medida de interdicción, con el pretexto de una supuesta protección se restringen los derechos de las personas en situación de discapacidad mental, en lo concerniente al derecho a tener una familia. nuevamente la capacidad de ejercicio de las personas en situación de discapacidad mental se ve limitada y depende de las decisiones de terceros.

Hasta aquí se ha expuesto como las instituciones estudiadas, en su interpretación tradicional y aislada se contraponen a las normas y principios que integral el bloque de constitucionalidad para los NNA y para las personas en situación de discapacidad, ahora se expondrán las tensiones al respecto para las personas que tienen esta doble condición: NNA en situación de discapacidad mental.

4.3 Restricción de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental.

Ahora bien, como ya se señaló en los apartados anteriores, las instituciones de patria potestad, potestad parental, prorroga de la patria potestad e interdicción han sido usadas en nuestro ordenamiento jurídico para restringir el ejercicio de los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental. En este aparte se expondrá como esas instituciones en su interpretación tradicional y aislada limitan los derechos sexuales y reproductivos de este grupo de personas al permitir que sus padres interfieran indiscriminadamente en sus decisiones restringiendo, su capacidad de ejercicio, sobre la base de que esto es lo mejor para ellas. Lo anterior basándose en

> una concepción del niño con discapacidad como persona imperfecta, indefensa e incapaz, que sufre una enfermedad que ha de ser objeto de una especial y constante protección proveniente de terceras personas, de sus padres principalmente. Y, así, se mantiene la idea de que el propio niño con discapacidad, debido precisamente a sus incapacidades, no puede ejercer libremente sus derechos, su voluntad, no debe tener, en este sentido carácter vinculante, pues el ejercicio sin control de sus derechos constituye tanto para terceros cuanto para él mismo. (Campoy, 2009, pág.147)

Terminar con la sustracción indiscriminada de la capacidad de ejercicio de lis NNA en situación de discapacidad mental es uno de los mayores retos que tiene el desarrollo

normativo del país a la hora de cumplir con lo exigido por las convenciones internacionales sobre derechos; y es que al limitar dicha capacidad, dejando de lado el componente de desarrollo progresivo, no se les está protegiendo, por el contrario, en muchos casos se les está coartando en detrimento de sus derechos (entre los cuales se encuentran los derechos sexuales y reproductivos), tal como se analizará, teniendo como base algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

En la sentencia T 544 de 2017, en la cual la Corte Constitucional realiza un estudio sobre el derecho fundamental a la muerte digna de los NNA realiza una diferenciación entre el derecho que tienen ellos a morir dignamente y el que tienen los adultos, principalmente en relación con el consentimiento y la manifestación de la voluntad. Sobre este punto y cuando se cumplen los presupuestos establecidos jurisprudencialmente para que el procedimiento de eutanasia sea viable, la Corte maneja dos hipótesis: la primera es que el niño niña o adolescente pueda expresar su consentimiento, la segunda es que no lo pueda hacer. En la segunda hipótesis afirma que se debe evaluar el consentimiento sustituto (que dan de los representantes del menor) de forma estricta. En primera hipótesis, si bien la Corte exige consultar de forma prevalente la voluntad del niño, niña o adolescente, advierte que:

> En este punto es indispensable la experticia de los profesionales que pueden evaluar el nivel de desarrollo cognitivo de los NNA, que pueden determinar la mejor manera de darles información y que deben manejar la concurrencia con el consentimiento de ambos padres, que siempre será obligatorio. En los casos en los que la representación legal sea ejercida por otros individuos o que los NNA se encuentren bajo la protección del Estado, la valoración del consentimiento sustituto deberá ser estricta. (Corte Constitucional, 2017, pág. 53)

Es decir, aunque a lo largo de toda la sentencia la Corte defiende enérgicamente los derechos de los niños niñas y adolescentes, finamente vuelve a dejar la decisión sobre el ejercicio de la muerte digna en manos de sus padres, pues en ambas hipótesis la decisión es de ellos; y si bien esto es medianamente entendible en la segunda hipótesis, donde por circunstancias fácticas el individuo no puede dar su consentimiento (medianamente, siguiendo el análisis de la Corte, sin embargo sigue siendo violatorio de derechos); en la segunda hipótesis no es claro porque el consentimiento de ambos padres debe ser obligatorio sí se tiene en cuenta que en la misma sentencia la Corte menciona que el individuo debe tener cierto desarrollo psicológico, emocional y cognitivo que permita que otorgue su consentimiento, es más, si va a existir un equipo interdisciplinario que evalué el dicho consentimiento; no queda del todo claro ¿para qué además exige la concurrencia del consentimiento de los padres?

Como lo ejemplifica la sentencia acabada de estudiar, aunque la Corte Constitucional ha vendo incorporando en su jurisprudencia el enfoque de desarrollo progreso y ha resaltado la importancia de la autonomía de los NNA "acorde con su nivel de madurez, lo que implica el respeto por su participación en la definición del curso de la propia existencia" (Corte Constitucional, 2017, pág. 51), aún la principal diferenciación para otorgar capacidad de ejercicio tanto en la ley como en la jurisprudencia colombiana es la de la minoría y mayoría de edad, pues, si la persona se encuentra en la minoría de edad necesariamente va a tener que contar con sus representantes legales a la hora de ejercer sus derechos.

Puntualmente, en lo que respeta a los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, la Corte Constitucional ha sentado una posición claramente limitante, lo anterior, en contra de las normas internacionales (ratificadas por Colombia) que protegen integralmente los derechos de este grupo de personas. Ejemplo de esto es la sentencia C 182 de 2016, la cual se analiza detalladamente en seguida.

En esta sentencia un ciudadano, demandó el artículo 6 (parcial) de la ley 1412 de 2010 *Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable* por considéralo violatorio de los artículos 13, 16 y 43 de la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El aparte sobre el que recae la discusión jurídica dicta: "Discapacitados Mentales. Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial". (Ley 1412, 2010, art.6).

El actor argumentó que dicho aparte violaba los artículos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y conformación de la familia, presentes en la Constitución, así como el artículo 12 de CDPD. Esto debido a que el artículo no diferencia entre quienes son discapacitados mentales de manera absoluta y quienes lo son de forma leve o moderada, lo anterior tiene como consecuencia que cualquier discapacitado mental este sujeto a la voluntad de su representante legal en lo que concierne a su reproducción biológica. Adicionalmente, según afirmó el actor, no todas las enfermedades mentales anulan la consciencia del individuo y algunas permiten un cierto grado de razonamiento.

Argumentó, también, que existen diversos tipos o grados de discapacidad mental y no en todos, las decisiones reproductivas de los individuos deben depender de un tercero, pues en los grados más leves de discapacidad los individuos son autónomos y pueden perfectamente decidir.

Por lo anterior, el actor pidió se determinara hacia qué tipo de discapacidad va dirigido el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010.

De los anteriores hechos se extrae el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 6 de la ley 1412 de 2010 viola los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución y el 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al estar dirigida a los discapacitados mentales en general sin tener en cuenta que existen distintos grados de discapacidad?

Al respecto, los distintos intervinientes plantearon sus opiniones, las cuales ejemplifican la diversidad de puntos de vista sobre el mismo tema. A continuación, se resumen sucintamente las mismas:

- El Ministerio de Salud y Protección Social solicito, a través de su apoderada, solicitó que el aparte acusado fuera declarada exequible, en el entendido de que se encontraba bajo los parámetros constitucionales al reglamentar la progenitura responsable. Según este interviniente la norma acusada estaba en consonancia con los instrumentos internacionales y con la Constitución, pues buscaba proteger a todas las personas en situación de discapacidad mental y eliminar la discriminación. Además, sostuvo que el legislador no puede reconocer mayores o mejores beneficios a personas que hacen parte del mismo grupo (para el caso, personas en situación de discapacidad mental) pues son una misma clase de individuos, a los cuales les debe dar un trato igual.

- El Instituto de Bienestar Familiar (ICBF), a través de su apoderada solicitó se declarara exequible condicionadamente el aparte acusado, en el entendido de que cuando se trate de procedimientos que pretenden la esterilización definitiva, los jueces deberán atender al precedente en la materia, con lo cual no hay necesidad de determinar a quién va dirigido el artículo. Este precedente al que se refirió el interviniente señala que la autonomía será limitada por los padres de la persona en condición de discapacidad mental cuando se haya declarado previamente la

interdicción, con autorización judicial y para el caso de los menores, con solicitud de ambos padres.

- El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario solicitó que se declara la exequibilidad condicionada del aparte acusado siempre y cuando se realizase una clasificación en la cual se reconocieran los diversos grados de discapacidad de las personas en situación de discapacidad mental y dependiendo de esto se analizara la necesidad de la intervención, lo anterior contando con autorización judicial previa. El grupo argumento que el artículo por si solo viola los derechos de las personas que tienen un grado leve de discapacidad y pueden ejercer su autonomía.

- Asociación Pro-bienestar de la Familia Colombiana – Profamilia solicitó que la Corte se declarara inhibida considerando que la norma es totalmente inconstitucional de acuerdo con el orden constitucional e internacional. Según este interviniente el régimen de consentimiento informado sustituto es violatorio de la Constitución y de la jurisprudencia de la Corte en todos los casos. Además, argumentó que el derecho a la autonomía no debe depender de la capacidad mental de la persona, y tampoco puede limitarse a un diagnóstico médico, de lo contrario, se estarían violando los derechos sexuales y reproductivos que tienen las personas en situación de discapacidad mental y que son protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- La Liga Colombiana de Autismo (LICA) solicitó que la norma acusada se declarara inconstitucional pues permite la esterilización sin el consentimiento de las personas en situación de discapacidad mental, por lo cual viola sus derechos

- El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derechos de la Universidad de los Andes solicitó que la Corte se declarara inhibida pues consideró que la demanda no cumplía con los requisitos y subsidiariamente solicitó la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo pues al limitar la capacidad de las personas en situación de discapacidad mental es contrario a lo exigido por la CDPD.

  El Programa realizó además el siguiente análisis: si la esterilización a la que se refiere la norma solo procede cuando la persona en condición de incapacidad ha

sido declarada en interdicción y dicha medida solo va dirigida para los incapaces absolutos (debido que para los incapaces relativos la medida que procede es la inhabilitación) entonces, la distinción solicitad por el accionante no es necesaria, pues ya estaría dada, sin embargo la misma va en contra del marco internacional de derechos humanos

Finalmente afirmó que la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad mental no debe ser restringida con base en un dictamen médico sobre su capacidad de decisión y que toda esterilización debe contar con la autorización de la persona a la cual se le va a realizar el procedimiento.

- El Centro de Derechos Reproductivos aportó información sobre la esterilización en mujeres y niñas en situación de discapacidad mental. Las organizaciones relacionadas por este interviniente plantean que dicho procedimiento es discriminatorio y va en contra del modelo social. Además, que la restricción y anulación de la capacidad de las personas en situación de discapacidad mental es en sí misma discriminatoria.

- La Procuraduría General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional que declarase inexequible el aparte demandado pues al permitir que los representantes legales de los discapacitados mentales (contando con una autorización judicial) soliciten y consientan el procedimiento de esterilización para sus representados se les vulneran a estos últimos derechos personalísimos como la libertad sexual y reproductiva lo que encontró discriminatorio. Consideró, además, que es injustificable darle la autorización a un tercero de decidir sobre la esterilización quirúrgica de las personas en situación de discapacidad mental, pues este es un ámbito donde el consentimiento es insustituible. Para el interviniente, según las convenciones internacionales, la Constitución y otras normas concordantes es el Estado quien debe propender por rehabilitar a las personas en situación de discapacidad mental para que puedan manifestar su consentimiento y conformar una familia.

La Corte Constitucional, en esta sentencia realizó una integración normativa e integró la proposición jurídica completa al aparte acusado, esto es, todo el artículo 6 de la ley 1412 de 2010. Pues si la expresión “discapacitados mentales”, sobre la que recae la acción de inconstitucionalidad, llegara a ser declara inexequible todo el artículo perdería sentido. En

seguida presentó varios argumentos de interés, que a continuación se exponen, por su importancia para el tema investigado:

- Se debe diferenciar entre capacidad jurídica y capacidad mental, el hecho de que una persona tenga una discapacidad mental no quiere decir que deba perder su capacidad jurídica ni ningún derecho. Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad mental obliga a los estados a abstenerse de cualquier medida que prive a las personas en situación de discapacidad mental del reconocimiento de capacidad jurídica y a garantizar que los particulares no interfieran con su capacidad jurídica.

- Las personas en situación de discapacidad mental deben ser protegidas para que puedan ejercer todos sus derechos, los estados están obligados a garantizar que ellas pueden tomar sus propias decisiones. Particularmente y sobre los derechos sexuales y reproductivos estas personas deben poder decidir libremente.

- El consentimiento informado es fundamental para que se garantice el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente.

- El consentimiento informado en relación con la salud sexual y reproductiva protege derechos y materializa principios constitucionales como, el principio de autonomía. Sin embargo, este principio no es absoluto y hay situaciones excepcionales donde prevalece otro, como el de beneficencia.

- La esterilización forzada está prohibida, sin discriminación, por el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario, la exigencia es garantizar el consentimiento informado de las personas que se van a realizar dicho procedimiento

- Respecto a las personas en situación de discapacidad mental la jurisprudencia ha determinado que cuando no se tenga la conciencia suficiente para autorizar una intervención terceras personas pueden hacerlo por medio del consentimiento sustito.

- En cada caso debe considerarse un alcance del consentimiento sustituto.

- La Corte ha afirmado, que, si existen medidas menos lesivas de la autonomía, éstas deben primar.

- El derecho a la personalidad jurídica es un derecho fundamental de cualquier individuo, que permite entender al ser humano como un titular de relaciones jurídicas y un centro de imputación jurídica. La capacidad es una cualidad, centro de diversas relaciones jurídicas, es general y abstracta y está fuera de la voluntad humana.

- Existe una diferencia entre la autonomía necesaria para tomar una decisión sobre procedimiento o intervenciones en la salud y la capacidad legal propia del derecho civil.

- En lo relativo a la norma acusada, el Congreso de la República partió de la base de la falta de capacidad de las personas en situación de discapacidad mental para otorgar su consentimiento en los aspectos que atañen a su sexualidad, así como para entender las repercusiones de la decisión de conformar una familia.

- El legislador no considero los distintos grados de discapacidad mental que existen.

- La Corte Constitucional restringió la posibilidad del consentimiento sustituto de menores de edad en situación de discapacidad mental a casos excepcionales, bajo el requisito de la representación legal y la autorización judicial previa, para casos de discapacidad mental profunda y severa.

Finalmente, la Corte señaló, como razón para decidir (*ratio decidendi*) que la norma acusada se encuentra dirigida a personas a quienes se haya declarado su interdicción con sustento en una discapacidad mental profunda y severa, lo cual configura una restricción a la autonomía que ha sido determinada legítima por la jurisprudencia constitucional, como una excepción a las reglas sobre el consentimiento informado. La norma en ninguna circunstancia impone la aceptación de la intervención quirúrgica, sino que dispone de una posibilidad excepcional a un grupo limitado de personas, que además debe cumplir con un requisito adicional, el de la autorización judicial previa, como ha sido contemplado también en la norma acusada.

Con la anterior, la Corte decidió declarar exequible el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 por los cargos analizados, bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a

las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga.

A continuación, se grafican las posiciones del actor, los intervinientes, y la Corte con el fin de hacer mucho más claro el análisis realizado.

Tabla 9. Resumen posiciones del actor, los intervinientes, y la Corte Constitucional en la sentencia C 182 de 2016

¿ES EXEQUIBLE EL ARTICULO 6 DE LA LEY 1412 DE 2010?			
	NO	**SI CONDICIONADAMENTE**	**SI**
Ciudadano que interpone la acción	**X**		
Ministerio de Salud y Protección Social			**X**
ICBF		**X** En el entendido de que cuando se trate de procedimientos que pretendan la esterilización definitiva, los jueces deberán atender al precedente en la materia.	
Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario		**X** Siempre y cuando se realice una clasificación en la cual se reconozcan los diversos grados de discapacidad y dependiendo de esto se analice la necesidad de la intervención.	
LICA	**X**		
Profamilia	Solicita inhibición debido a que considera que la norma es totalmente inconstitucional en todos los casos.		
PAIIS	Solicita inhibición porque la demanda no cumple con los requisitos (subsidiariamente solicita la declaración de inconstitucionalidad, pues el aparte acusado contraria el marco internacional de derechos humanos al respecto)		
Centro de Derechos Reproductivos	Aporta información		
Procurador General de la Nación	**X**		
Corte constitucional		**X** El articulo va dirigido a personas con discapacidad profunda y severa que no pueden manifestar su voluntad	

Elaboración propia con base en la sentencia C 182 de 2016

Como se puede ver en las intervenciones relacionadas, con el argumento de proteger los derechos de las personas en situación de discapacidad mental se pueden excusar toda clase de medidas discriminatorias, como ejemplo la intervención del Ministerio de Salud y Protección Social, según el cual, la esterilización de las personas en situación de discapacidad mental busca fomentar la progenitura responsable; y definir el alcance de la norma teniendo en cuenta el nivel de discapacidad de las personas, va en contra del derecho a la igualdad porque todos hacen parte del mismo grupo.

Esto ante una norma que claramente va en contra de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, pues básicamente permite que las personas en situación de discapacidad mental sean esterilizadas por medio del consentimiento sustituto. En este punto es importante señalar que la esterilización de personas en situación de discapacidad mental no es una práctica aislada

> Según cifras aportadas por el ministerio de Salud de este país, entre 2009 y 2012 se practicaron 505 esterilización quirúrgicas a mujeres y 127 a hombres en situación de discapacidad mental. Además de lo anterior, el mismo Ministerio, en el Informe Inicial sobre implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia, afirmó lo siguiente: "Aunque la Corte Constitucional ha creado límites para la esterilización de mujeres con discapacidad, la legislación aún permite esta práctica sin exigir el consentimiento previo de la persona que será esterilizada permanentemente". Cifras y contextos que ponen de presente una realidad social y jurídica que merece un análisis detallada a propósito del reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos a favor de este colectivo. (Como se citó en Ospina & Otero, 2015, pág. 344)

La sentencia analizada ejemplifica cómo los derechos sexuales y reproductivos pueden ser limitados por los padres de los NNA declarados en interdicción y aunque en este caso la Corte argumente que las esterilizaciones quirúrgicas solo se realizaran en situaciones excepcionales y después de autorización judicial, con un sencillo estudio de las normas que regulan la materia es fácil ver que dicho procedimiento puede ser solicitado por el representante legal del niño, niña o adolescente, quien, al no poder manifestar su voluntad será representado por su representante legal, la misma persona que solicito el procedimiento. En síntesis, al limitar la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental se abre paso para que cualquiera de sus derechos sea limitado o sustraído.

> En esta nueva sentencia, la Corte Constitucional reafirma el estereotipo según el cual la esterilización es un acto de beneficencia para la persona con discapacidad, llegando a sostener que esta práctica en las personas con discapacidad es una manera de fomentar la

> paternidad responsable, postulado que la Corte consignó en la sentencia C-131 de 2014, contra la cual se pronunciaron varias organizaciones internacionales. (PAIIS, 2016).

En la sentencia C 131 de 2014 la Corte declaro exequible el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 que proscribe la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

> Sin embargo, introdujo dos excepciones a dicha prohibición legal: la primera, para las madres menores de edad cuyo embarazo resulte un riesgo inminente para su vida, y la segunda, para las personas menores de edad en condición de discapacidad, mental profunda o severa que no puedan otorgar su consentimiento futuro. En estos dos casos es posible aplicar la esterilización quirúrgica definitiva, siempre y cuando sea autorizada por un juez de la República. (Ospina & Otero, 2015, pág. 376)

Según el razonamiento realizado por la Corte:

> Si no hay capacidad de consentir, ni existe la posibilidad de que se desarrolle en el futuro, tampoco se atenta contra el derecho a una autonomía que no puede ejercer el menor. Solo así se logra proteger la vida y la integridad del niño, y se logra evitar su instrumentalización cuando no existen otros mecanismos eficaces para evitar la procreación. (Corte Constitucional, 2014, pág. 49)

Lo anterior quiere decir que si el niño, niña o adolescente se encuentra en condición de discapacidad mental su esterilización si está permitida, pues según la Corte no puede ejercer su derecho a la autonomía y esta medida lo protegería.

Tanto la sentencia C 182 de 2016 como la C 131 de 2014 dan cuenta de que la Corte consiente la esterilización de NNA en situación de discapacidad mental como una medida en pro de su bienestar. Esto es más claro aún después de analizar la sentencia T 1019 de 2006, en la cual una mujer, en representación de su hija menor de edad en situación de discapacidad, interpone una acción de tutela en contra de su E.P.S. argumentando que dicha entidad violo el derecho fundamental de su hija a la igualdad (entendida como una protección especial para las personas con debilidad manifiesta), a la vida digna y a la integridad personal.

La niña presentaba un retardo moderado y secuelas de parálisis cerebral, por lo cual su madre inició los trámites necesarios. ante la E.P.S, para que fuera sometida a una intervención quirúrgica denominada POMEROY, ligadura de trompas. Dicha cirugía fue programada pero no fue autorizada porque la E.PS afirmo que la paciente no tenía la edad requerida para la intervención.

Según la historia clínica y el doctor tratante, ginecólogo y obstetra, la niña tenía retardo mental severo.

La madre de la niña argumentó que estaba en la capacidad de decidir por su hija (quien se encontraba en situación de vulnerabilidad) en relación con todo aquello que la pudiera beneficiarla o que pudiera hacer más llevadera su situación. Argumento, además, que un embarazo no deseado puede agravar la situación en la que se encontraba su hija, poniendo en peligro su salud y su vida y que quien recomendó la intervención fue un especialista en la metería.

Finalmente, la accionante solicitó que se le ordenara a la E.P.S practicar el procedimiento quirúrgico sin dilaciones, junto con los exámenes, medicamentos y tratamientos necesarios.

Por su lado la E.P.S. contestó que la niña siempre había sido atendida según sus necesidades y que le manifestó a la accionante que por tratarse de una paciente menor de edad en situación de discapacidad ella debía adelantar los trámites legales necesarios para la realización del procedimiento quirúrgico, pues el tema necesitaba ser analizado por autoridad judicial debido a todo lo que implica. Por lo anterior la E.P.S solicito que se negara la acción de tutela.

El *a quo* le dio la razón a la parte accionada afirmando que debe existir un pronunciamiento judicial antes de realizar este tipo de procedimientos

De los anteriores hechos se extrae el siguiente problema jurídico ¿Están legitimados los padres de un niño, niña o adolescente en situación de discapacidad mental para sustituir el consentimiento de su hijo o hija en una intervención quirúrgica que compromete derechos personalísimos como la autonomía personal, la autodeterminación y la integridad física?

Al respecto la Corte planteo los siguientes argumentos:

- En el caso de las personas en situación de discapacidad mental, síquica o física, la protección del derecho a la salud radica en la posibilidad de eliminar aquellos factores que limitan su normal desarrollo como persona y el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales.

- La protección del derecho a la salud debe garantizarse por vía constitucional.

- El consentimiento informado y la autonomía de la voluntad son criterios importantes (pero no absolutos) para proceder medicamente.

- Existen criterios auxiliares como la intervención por cuenta de los médicos o el consentimiento sustituto. que se usan en situaciones cuando a la persona le es imposible manifestar su consentimiento

- Las personas en situación de discapacidad mental o limitaciones mentales profundas se encuentran limitadas para tomar de manera libre y razonada una decisión que asegure que el consentimiento otorgado es lo suficiente autónomo. Por lo cual surge la necesidad de un consentimiento sustituto.

- Cuando se vaya a decidir definitivamente sobre la función orgánica de una persona o cuando se vaya a afectar o limitar severamente alguna capacidad de la misma , el consentimiento sustituto, informado y cualificase requiere además, del agotamiento de trámites judiciales para ser autorizado.

Finalmente, como razón para decidir (ratio decidendi) la Corte planteo que no es suficiente el consentimiento sustituto de los padres., pues cuando una intervención genera consecuencias permanentes, severas o irreversibles en una persona que no puede dar su consentimiento, además del consentimiento sustituto dado por los padres o el representante legal del paciente y previamente a la realización del procedimiento, se deben agotar mecanismo legales que aseguren que en la decisión tomada, se hayan visualizado todas las posibles consecuencias y valorado todas las posibles opciones médicas disponibles para el caso particular.

Por lo anterior decidió confirmar la sentencia del *a quo* y adicionar las etapas que se deben agotar frente al procedimiento médico que reclama la madre de la niña, por lo cual señaló los pasos que se deben dar para autorizar el procedimiento medico: primero se debe realizar una valoración médica de la niña que permita establecer su capacidad y su nivel de desarrollo. Lo anterior es necesario para saber si en algún momento podrá tener la autonomía para tomar la decisión del procedimiento por si misma; seguidamente y si se determina que la discapacidad de la menor es de tal magnitud que no podrá tener la

suficiente autonomía para decidir sobre el proceso, el cuerpo médico deberá exponer a los padres el procedimiento que se debe seguir y sus consecuencias a continuación, l los padres deben dar el consentimiento y solicitar el procedimiento e iniciar el trámite judicial para que se les otorgue autorización. Si todo lo anterior se da la E.P.S debe realizar el procedimiento quirúrgico.

Pese a que, en este caso, la sola decisión de la madre de la menor no fue suficiente para realizar un procedimiento quirúrgico que buscaba ponerle fin a la capacidad reproductiva de su hija, la Corte, pone como condición para dicho procedimiento que exista una decisión judicial que lo permita. Es decir, que, de existir dicha autorización, el procedimiento estaría permitido. Además, es necesario anotar que nuevamente son los padres de la menor quienes solicitan y además dan el consentimiento sustituto para el procedimiento Lo anterior en contravía de la misma Constitución, la CDPD y la CDN

Los NNA en situación de discapacidad mental "sufren cuando menos una doble exclusión social, en cuanto niños y en cuanto a personas con discapacidad" (Campoy, 2009, pág.135). Así,

> Los niños con discapacidades tienen casi cuatro veces más probabilidades de ser víctimas de violencia que los niños sin discapacidades, y son casi tres veces más propensos a ser víctimas de violencia sexual, con las niñas en mayor riesgo. En un estudio realizado por el Foro de Política Infantil Africana sobre la violencia contra los niños con discapacidades, casi todos los jóvenes entrevistados habían sido víctimas de abuso sexual al menos una vez en sus vidas, y la mayoría más de una vez. Otro estudio realizado en Australia encontró que hasta el 62 por ciento de las mujeres con discapacidades menores de 50 años habían sufrido violencia desde los 15 años, y que las mujeres con discapacidad han experimentado violencia sexual a una tasa tres veces mayor que las personas sin discapacidad. (UNFPA, 2018, párr. 8).

La esterilización forzada, solicitada y consentida por sus padres restringe en buena parte sus derechos sexuales y reproductivos imposibilitándoles el desarrollo libre de su autonomía sexual y reproductiva. Este proceso, a diferencia de otras formas de anticoncepción tiene el agravante de ser definitivo.

> En efecto, la anticoncepción quirúrgica es una solución radical y lesiva de la integridad personal, por ello bajo ningún pretexto, ni circunstancia se puede permitir la sustitución de la voluntad para implementar métodos invasivos, radicales y definitivos en el cuerpo de una persona. Existen otras soluciones menos agresivas que conducen al mismo efecto, esto es, la planificación y, por ello corresponde a la sociedad y al Estado, garantizar los apoyos que una persona con discapacidad requiera para ejercer libremente su sexualidad y para

> controlar el número de hijos que desee tener o evitarlos, si es ese su deseo (Como se citó en Vallejo, Hernández & Posso, 2017, pág. 10)

Como lo señaló el mismo Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016): "Preocupa al Comité que la legislación y la jurisprudencia referente a la institucionalización por motivo de discapacidad, la esterilización forzada y los regímenes que limitan la capacidad jurídica no se han armonizado con la Convención." (pág. 2)

La jurisprudencia presentada ejemplifica claramente como los padres pueden tomar decisiones en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos de sus hijos menores edad en condición de discapacidad mental, incluso medidas tan lesivas como la esterilización, pues la normatividad vigente permite que los mismos padres sean quienes solicitan y consientan dicha medida

Así, los padres pueden restringir la capacidad de ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los que son titulares sus hijos que se encuentran en situación de discapacidad mental, pues la normatividad colombiana los faculta para tomar decisiones por ellos con la excusa de que son en su beneficio. Lo anterior en contravía de lo ordenado por la CDPD y por la CDN.

> En realidad, ambas Convenciones (sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y sobre Derechos del Niño) permiten entender que se pude establecer una obligación de los Estados Partes de garantizar que los niños con discapacidad puedan ejercitar de forma efectiva todos sus derechos, directamente o, en su caso, a través de sus representantes (y si es en este último supuesto, el Estado igualmente ha de garantizar la plena participación de los niños con discapacidad), en igualdad de oportunidades que el resto de los niños, en todos los ámbitos de la vida (en la toma de todas las decisiones que directamente les afecten), de forma que puedan alcanzar el máximo nivel posible del libre desarrollo de sus propias personalidades. (Campoy, 2009, pág.160).

Y aunque a lo largo de esta tesis se han presentado una serie de derechos de los que son titulares los que los NNA en situación de discapacidad mental, de nada sirven los mismos, si solo están escritos y no pueden ser ejercidos. La restricción o supresión de la capacidad de ejercicio desconoce los derechos de los que son titulares los NNA en situación de discapacidad mental.

Particularmente los derechos sexuales y reproductivos, que van de la mano con la libertad y la autonomía de su titular para ejercerlos no se tienen si no se pueden ejercer. Es decir que si los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental son sepultados bajo instituciones (como la patria potestad, la potestad parental, la prórroga de la patria potestad y la interdicción interpretadas y materializadas tradicionalmente y de forma aislada) que impiden su libre ejercicio, no se puede predicar que existan; no se pude decir que los NNA en situación de discapacidad mental los tengan si no los pueden ejercer. Si los tienen, si son titulares de estos derechos, deben poder ejercerlos independientemente de su edad y de su condición, de acuerdo con su desarrollo.

Por lo anterior es importante reformar la normativa existente, con el objetivo de otorgar los apoyos para que este grupo de personas puedan ejercer los derechos de los que son titulares:

> Como se puede observar, quizá el mayor desafío que presenta la CIDPD es el relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica a favor de las personas en situación de discapacidad mental. La convención asume un planteamiento basado en los derechos humanos y aboga por el modelo de “apoyo o asistencia para la toma de decisiones”, lo que supone un claro avance hacia el reconocimiento de la autonomía y la dignidad de las personas en situación de discapacidad mental, en especial aquellas que deriven su discapacidad de una deficiencia mental (Ospina & Otero, 2015, pág. 3)

Lo anterior debido a que la normatividad existente hoy, como se presentó, no garantiza el ejercicio de los derechos de los NNA en situación de discapacidad mental

> aunque la normatividad colombiana ha registrado avances hacia una política en discapacidad para la población infantil, no logra abarcar las profundas consecuencias que se derivan del mandato de justicia y vida digna al que tiene derecho los niños, niñas y jóvenes colombianos con discapacidad y sus familias. (Moreno Angarita, 2017, pág. 211

En síntesis, es urgente reforma normativa en el tema de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, con el fin de que este grupo de personas puedan ejercer realmente estos derechos y así, se cumpla con lo ordenado por la CDPD y por la CDN. Para esto, además, se presenta la siguiente propuesta de interpretación.

4.4 Propuesta de interpretación

Los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental entran en tensión con la interpretación tradicional de las instituciones jurídicas de patria potestad, prórroga de la patria potestad, potestad parental e interdicción contempladas en la ley colombiana, pues, dicha interpretación, al materializarse permite que los padres limiten los derechos sexuales y reproductivos de los que sus hijos son sujetos.

A partir de lo anterior, las instituciones de patria potestad, prórroga de la patria potestad, potestad parental e interdicción deben ser interpretadas a la luz de las normas que conformar el bloque de constitucionalidad y conceden a los NNA en situación de discapacidad mental el derecho a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos sin limitación por su edad y condición y de forma progresiva de acuerdo con su desarrollo psicológico, emocional y cognitivo.

Así, pues estas instrucciones deben ofrecer un apoyo al desarrollo autónomo y libre de la personalidad de los NNA en situación de discapacidad mental, y no deben ser usadas para sustituir su voluntad o imponerles medidas con las que no estén de acuerdo.

Si las instituciones anteriormente señaladas, y en general las normas que regulan los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, son interpretadas de forma tradicional y aislada se violan los derechos de este grupo de personas con el riesgo de causarles daños irreparables que les impidan su desarrollo integral y en contravía de los derechos que les reconocen las normas que integran el bloque de constitucionalidad del tema.

Con lo anterior que: “cuando se piensa en ofrecer oportunidades a los niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad debemos ampliar nuestro horizonte más allá de las experiencias convencionales y abrirnos a toda la gama de realizaciones humanas posibles” (Moreno, 2017, pág. 214)

5 Conclusiones

En este trabajo se presentan una serie de derechos (haciendo énfasis en los sexuales y reproductivos) de los cuales son titulares los NNA en situación de discapacidad mental, sin embargo, como se expuso, existe una gran dificultad para que este grupo de personas puedan ejercer dichos derechos. Lo anterior debido a que la normatividad colombiana contempla un conjunto de instituciones (como la patria potestad, la potestad parental, la prórroga de la patria potestad y la interdicción) que interpretadas de forma tradicional y aislada impiden su libre ejercicio, y permiten que terceros (normalmente sus padres) tomen decisiones, de cualquier ámbito por ellos, incluso en contra de su voluntad y dejando de lado su autonomía.

Los derechos sexuales y reproductivos, aquí estudiados, van de la mano con la libertad y la autonomía de su titular para ejercerlos, es decir que se tienen en la medida en la que pueden ser ejercidos. Por lo anterior es urgente adecuar la normativa existente, con el objetivo de otorgar los apoyos para que este grupo de personas puedan ejercer sus derechos y terminar definitivamente con las medidas restrictivas que se excusan en su protección para sustraer su capacidad.

Otro reto que enfrenta el legislador colombiano, sobre el cual se han dado grandes avances por vía jurisprudencial, es incorporar de manera uniforme el desarrollo progresivo como un elemento importante de decisión en los casos que versen sobre derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental y en sí en toda la normativa que regula el tema, lo anterior, debido a que en el grueso de las normas al respecto se siguen teniendo como principal, y en algunos casos, única directriz la mayoría o minoría edad o la capacidad o incapacidad.

En suma, es necesario realizar cambios en la normativa que regula el tema de los derechos sexuales y reproductivos de los NNA en situación de discapacidad mental, y adecuar las instituciones de patria potestad, potestad parental, prórroga de la patria potestad e interdicción con el objetivo de que ellos puedan ejercer realmente estos derechos y así, la normatividad colombiana este acorde con lo ordenado por la CDPD y por la CDN.

6 Referencias

Acedo, S.(2005). Minoría de edad, patria potestad y derecho sanitario: ¿emergencia de la autonomía del menor? Un análisis del derecho francés. *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del estado*. 8,1 – 25.

Agudelo, M., Casas, E., Tovar, A. & Villadiego, E. (2017). *Guía para la inclusión de personas con discapacidad en el ámbito laboral*. Tomado de: https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/1005/Gu%C3%ADa%20para%20la%20inclusi%C3%B3n%20de%20personas%20con%20discapacidad%20en%20el%20%C3%A1mbito%20laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ahumada, C. & Kowalski-Morton, S. (2006). *Derechos sexuales y derechos reproductivos*. Guía para activistas jóvenes. Ottawa, Canada: Youth Coalition.

Andrade, R. (2013). *Vulneración legal del derecho Constitucional de identidad en el Ecuador* (tesis de maestría). Universidad técnica Particular de Loja, Loja, Ecuador.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración universal de derechos humanos.* Tomado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos.* Tomado de: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Asamblea general de las naciones unidas. (1966). *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.* Tonmado de: *https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf*

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos de los niños.* Nueva York. Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1994). *Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo. Programa de acción de la conferencia internacional sobre la población y el desarrollo*. El Cairo. https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Nueva york. Tomados de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución política de Colombia.* Colombia. Tomado de:

Asdown, Making it Work & FundaMental Colombia. (2010). *Informe final MIW: Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de las personas con discapacidad Intelectual y Psicosocial en Colombia*. Bogotá, Colombia.

Barrios, S. (2017). *Los Derechos de los Niños: El desafío pendiente.* Tomado de: https://www.ucc.edu.co/prensa/2016/Paginas/los-derechos-de-los-ninos-el-desafio-pendiente.aspx

Benavides, L. (Sin fecha). *El cambio de paradigma en la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente. Especial referencia al derecho a la protección en materia de trabajo*". Tomado de: http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-7.pdf

Bergallo, P., Jaramillo., I., & Vaggione, J. (2018). *El aborto en américa latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Argentina, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Bocanument-Arbeláez, M. (2017*). Estructuras de familia en Colombia: tensiones entre el reconocimiento y la exclusión* (tesis de doctorado). Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.

Cámara de Representantes. (2017). Proyecto de Ley 027 de 2017. Tomado de: http://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2017-12/027%20-%2017%20Textoaprobencom.doc

Campaña, F. (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (tesis doctoral). Universidad de Salamanca. Salamanca, España.

Campoy, I. (2009). Los derechos de los niños con discapacidad. *El cine y los derechos de la infancia*, 30, 135 – 162.

Capria, L., Diaz Fornis, M., Frias, J., Garzón, A., Gimenez, M., Gioja, L., Oszurkiewicz, J., Zubiarrain, P. & Baresi, M., (2012). *Capacidad juridica: el derecho a ejercer derechos.* Tomado de: http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000089cnt-2013-05_capacidad-juridica.pdf

Castro, S. (2015). *Capacidad legal de los niños, niñas y adolescentes como accionistas en la sociedad por acciones simplificadas (S.A.S.)* (Trabajo de grado). Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad UPTC, 2*(1), 42- 47.

CEPER. (1999). *Personas con discapacidad intelectual: Nuestros derechos.* Tomado de: http://www.ceper.org/nuestros-derechos

Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. (2014). *Los principales derechos de las personas con discapacidad.* Tomado de: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/33-DH-Princi-Discapacidad.pdf

Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Poder Judicial, Escuela Judicial & Voluntarios de Naciones Unidas. (2001). *Derechos de la Niñez y la Adolescencia Antología.* Tomado de:

Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación general No. 4 La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 48-53). Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2005). Observación general No. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 98-119). Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2006). Observación general No. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 120-133). Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2007). Observación general No. 9 Los derechos de los niños con discapacidad. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 134-157). Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación general No.12 El derecho del niño a ser escuchado. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 202-227). Tomado de:

https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2011). Observación general No. 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 228-257). Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general No. 15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. En UNICEF México. (Comp.), *Compilación observaciones generales*. (pp. 278-303). Tomado de: https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

Comité de los Derechos Humanos. (1990). *Observación general no. 19 la familia*. Tomado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1401.pdf

Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra La Mujer & Comité de Los Derechos Del Niño Sobre las Prácticas Nocivas. (2014). *Recordación general no. 31- Observación general no. 18 conjunta.* Tomado de*: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf*

Comité sobre los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. (2014). *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. Tomado de: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). *Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia.* Tomado de*:* http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsiZZNrtQsqIapJ5RB16sOGbABEB1GCpxOsNgAjGfi%2B3bz9dSJDuD%2BhgnRmlwPeMHtZbhHsj3D4FpJ8XvrovNgzmhDclPO8gv0beAqhINozaB

Congreso de Colombia. (1873). Código Civil. [Ley 84 de 1873]. Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de Colombia. (1873). Ley 12 de 1991. Tomado de: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Internacional_de_los_Derechos_del_Nino_Colombia.pdf

Congreso de Colombia. (2006). Código Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de Colombia. (2009). Ley 1309 de 2009. Tomado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1306_2009.html

Congreso de Colombia. (2009). Ley 1346 de 2009. Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1346_2009.html

Congreso de Colombia. (2010). Ley 1412 de 2010. Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1412_2010.html

Consejo de Estado. (2013). Sentencia + 50001233100019990588901 (26120). M.p. Fajardo Gomez, M. Tomado de: http://181.57.206.9:8080/webrelatoria/ce/index.xhtml

Cornella, X, (2000). Estudio sobre la patria potestad, la incapacidad y la tutela. En Hunter, K. *Manual del síndrome de Rett: en palabras que tú puedes comprender, por los que te comprenden* (pp. 345-349).Valencia, España: Asociación Valenciana del Síndrome de Rett.

Correa, L & Castro, M. (2016). *Discapacidad e inclusión social en Colombia. Informe alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Bogotá, Colombia: Editorial Fundación Saldarriaga Concha.

Correa, R. (2013). *¿Cómo cuidamos a nuestros niños y adolescentes? Eficacia y disponibilidad de los dispositivos de protección y atención de violencia doméstica, orientados a la infancia y adolescencia en el Uruguay actual* (tesis de pregrado). Universidad de la Republica. Montevideo, Uruguay.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T 544. M.P. Ortiz Delgado, S. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-544-17.htm

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C 371. M.P. Hernández Galindo, J. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-371-94.htm

Corte Constitucional. (1994). Sentencia T 123. M.P. Naranjo Mesa, V. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-123-94.htm

Corte Constitucional. (1995). Sentencia T 477. M.P. Martínez Caballero, A. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C 191. M.P. Cifuentes Muñoz, E. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-191-98.htm#_ftn7

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C 507. M.P. Cepeda Espinosa, M. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-507-04.htm

Corte Constitucional. (2006). Sentencia T 1019. M.P. Córdoba Triviño, J. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1019-06.htm

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C 240. M.P. González Cuervo, M. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-240-09.htm

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C 900. M.P. Pretelt Chaljub, J. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-900-11.htm

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T 068. M.P. Henao Pérez, J. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-068-11.htm

Corte Constitucional. (2012). Sentencia T 063. M.P. Mendoza Martelo, G. Tomado de: h http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-063-12.htm

Corte Constitucional. (2014). Sentencia C 131. M.P. González Cuervo, M. Tomado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-131-14.htm

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T 026. M.P. Pinilla Pinilla, N. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-026-14.htm

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T 850. M.P. Sáchica Méndez, M. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-850-14.htm

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C 182. M.P. Ortiz Delgado, S. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-182-16.htm

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C 569. M.P. Linares Cantillo, A. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-569-16.htm

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T 292. M.P. Mendoza Martelo, G. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-292-16.htm

Corte Constitucional. (2017). Sentencia C 042. M.P Arrieta Gómez, A. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-042-17.htm

Corte Constitucional. (2017). Sentencia C 113. M.P Calle Correa, M. Tomado de: http://www.corteConstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-113-17.htm

Defensoría del Pueblo & Profamilia. (2007). *Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y en derechos sexuales y reproductivos*. Colombia: Torreblanca.

Defensoría del pueblo (2008). *Promoción y monitoreo de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres víctimas de desplazamiento forzado con énfasis en violencias intrafamiliar y sexual.* Tomado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6683.pdf

Defensoría del pueblo. (2003). *El derecho a la salud. En la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá, Colombia: Series DESC

Dezzi, L. (2012). *La capacidad progresiva del niño víctima de violencia familiar* (tesis de pregrado*).* Universidad Empresarial Siglo 21. Córdoba, Argentina.

Egea, C. & Sarabia, A. (2001). Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad. *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*. (50), 15-30.

Fernandez, J. (1919). …*Algo sobre la patria potestad* (Tesis de pregrado). Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.

Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA. (2017). *Derechos sexuales y derechos reproductivos – infografía*. Tomado de: https://colombia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/POSTER_DSRS_paraweb.pdf

Fondo de Población de Las Naciones Unidas- UNFPA. (2002). *Hablemos de lo que no se habla la cartilla*. Tomado de: http://academia.utp.edu.co/ps4/files/2016/09/violencia-sexual-hablemosdeloquenosehabla.pdf

Fondo de Población de Las Naciones Unidas- UNFPA. (2018). *Cinco cosas que no sabías sobre la discapacidad y la violencia sexual*. Tomado de: https://www.unfpa.org/es/news/cinco-cosas-que-no-sab%C3%ADas-sobre-la-discapacidad-y-la-violencia-sexual

Fundación Juan Vives Suriá (2010). La Doctrina de la Protección Integral en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Venezuela: Fundación Editorial El perro y la rana.

Fundación ONCE, (Sin fecha). *La Sordoceguera: un mundo por descubrir*. España, Madrid: ONCE.

Galvis, l. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes: titulares activos de derechos: mirada a Latinoamérica.* Bogotá, Colombia: Aurora.

Galvis, l. (2009). La convención de los derechos del niño veinte años después. *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, *7*(2), 587-619.

García, M. (2009). La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas: la cuestión del derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos. *REDC,* (66), 325 – 351.

Gobierno de Colombia Comisión Intersectorial para la Atención Integral de Primera Infancia. (2016). *Fundamentos técnicos de la estrategia de atención integral a la primera infancia.* Tomado de: http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Documents/Fundamientos-politicos-tecnicos-gestion-de-cero-a-siempre.pdf

González de Cancino, E. (2012). La protección a las personas con discapacidad mental: notas a la ley 1306 de 5 de junio de 2009. *Derecho y Vida*, (XCVII), 1-12.

Guevara, Y. (2014). Temas centrales para el psicólogo en el ámbito de la educación especial. *Revista electrónica de psicología iztacala*, *17*(4), 1375-1393.

Guío, R. (2004). *La extradición: los nuevos conceptos introducidos a la figura a partir del acto legislativo 01 de 1997* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

Guío, R. (2011). *La Constitucionalización del derecho de infancia y adolescencia en Colombia* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

Gutiérrez, A. (2007). *El Bloque de Constitucionalidad conceptos y fundamentos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hernández, J. (2007). Los derechos humanos de las personas con discapacidad. *Quórum Legislativo*, (89), 123 – 272.

Herrera, M. & Spaventa, V. (2007). Vigilar y castigar…: el poder de corrección de los padres. *Desafíos (s), jóvenes y adultos. El difícil vinculo social*, 94 – 124.

Higuera, M. (2012). Fundamentos constitucionales y supra constitucionales de la maternidad por sustitución en Colombia. *Iter Ad Veritatem*, (10), 23-39.

http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf

https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf
https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. (2009). *Concepto 45201.* Tomado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0045201_2009.htm

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. (2012). *Concepto 139.* Tomado de: http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000139_2012.htm

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. (2016). *Fichas de análisis de jurisprudencia .tratamientos de infertilidad para personas de bajos recursos*. Tomado de: http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f_st306_16.htm

IX Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.* Tomado de: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/2_Interamericanos/1_Instrumentos/1_Generales_DH/2111_Decla_Americana_DS_Deb_H.pdf

Jaime, J. (2015). *La esterilización forzosa de PCD a través de los procesos de interdicción: una doble vulneración de derechos humanos y fundamentales*. Tomado de: https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/rundis/esterilizacion%20forzosa%20de%20pcd%20a%20traves%20de%20los%20procesos%20de%20interdiccion.pdf

Jaramillo, A. (2008). *Práctica de familia. Derecho de la infancia y la adolescencia jurisprudencia.* Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley LTDA.

Lacruz, J. & Albaladejo, M. (1963). *El matrimonio y su economía.* Barcelona, España*:* Librería Bosch.

Lafont, P. (2009). *Derecho de Familia Derecho Marital-Filial-Funcional.* Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Lázaro, I. (2011). Protección de la infancia vs. El niño, sujeto de derechos. *Revista Critica*, (976), 21-25.

Leiva, E. (2011). La corrección moderada de los padres y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus hijos a la luz de la jurisprudencia de la corte Constitucional. *Revista de Derecho Privado*, *21* (65), 1-19.

Lozano-Vicente, A. (2016). Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, *14*(1), 67-79.

Manzanares, J. (1979). La pena de interdicción civil*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 32*(65), 345-379.

Medina, G.(2014). *La responsabilidad parental en el código civil y comercial de la nación*. Tomado de: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina_La_responsabilidad_parentalenelCCYC.pdf

Mejía, M. & Echeverría, L. (2007). *Módulos pedagógicos para formadores en para formadores en salud sexual y reproductiva con enfoque de derechos y de género modulo 3 ejercicio sano ejercicio sano de la sexualidad*. Bogotá, Colombia: Fundación CEPECS

Minieri, S. [Paiis Uniandes]. (2017). Derecho de las personas con discapacidad a la salud sexual y reproductiva [Archivo de video]. Tomado de: https://www.youtube.com/watch?v=YOp9eEfBqRk&list=PLEjE1NfZEaNlK9F8USUYTwXvD6-T8fBKf&index=9

Ministerio de Justicia y del Derecho, Universidad de los Andes & Unión Colegiada del Notariado Colombiano. (2016). *Capacidad jurídica y derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho notarial*. Tomado de: http://www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com/sitio/sites/default/files/cartilla%20notarial%20diagramada.pdf

Ministerio de la Protección Social & ACNUR. (2011). *Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de desplazamiento con discapacidad en Colombia.* Tomado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7536.pdf

Ministerio De Salud y Protección Social & Fondo De Población de las Naciones Unidas. (2013). *Guía de capacitación para atención en salud de la interrupción voluntaria del embarazo*. Tomado de: https://srhr.org/abortion-policies/documents/countries/20-colombia-guidelines-for-training-in-abortion-healthservices-ministry-of-health.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social (2018) *Resolución 00583 del 2018.* Tomado de: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-583-de-2018.pdf

Molina , Z.(2015). *La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión en torno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico* (artículo de reflexión de pregrado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.

Monroy, M. (1996). *Derecho de familia y de menores*. Bogotá, Colombia: Libreria Juridicas Wilches.

Montejo, R.(2015). *La capacidad progresiva de niños niñas y adolescentes.* Bogotá, Colombia: Temis

Montoya, G. (2018). La guarda y custodia compartida (tesis de maestría). Universidad EAFIT, Medellín, Antioquia.

Morales, A (2014). Uniones entre personas del mismo sexo. En Bonivento, J. & Lafont, P.(directores), *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Tomo II Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea* (p.p. 137-203.), Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Moreno, M. (2017). Infancia, políticas y discapacidad: un análisis desde la justicia social. *Políticas de infancia y adolescencia: ¿camino a la equidad?*, 199 – 220.

Niño, G. & Romero, G. (2005). *El bloque de constitucionalidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana* (tesis de pregrado). Universidad de la Sabana, Chía, Colombia.

Ortiz, A. (2014). De las guardas-tutelas y curatelas. En Bonivento, J. & Lafont, P.(directores), *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Tomo II* (p. 27-64). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Ospina, M., & Otero I. (2015). Panorama sobre la protección de los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad con discapacidad intelectual y psicosocial. En Autores Varios. *Cátedra UNESCO y Cátedra Infancia. Justicia transicional y memoria histórica.* Bogotá. (pp. 339 – 386).

Palacios, A., y Bariffi, F, (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humano*s. España, Madrid: Grupo editorial cinca, S. A

Poron, N. (2009). *Análisis doctrinario y legal de la capacidad de los menores de edad para contraer matrimonio y necesidad de reformar el artículo 81 del código civil* (tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Guatemala

Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIIS. (2016). *Corte viola derecho internacional al aprobar esterilizaciones.* Tomado de: https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/corte-viola-derecho-internacional-al-aprobar-esterilizaciones

Salomone, G. (2013). La noción jurídica de autonomía progresiva en el campo de la niñez y adolescencia: incidencias subjetivas e institucionales. *Acta Académica* 210 - 212

Smith, P. & Villarreal, C. [Paiis Uniandes]. (2017). Acceso de mujeres con discapacidad a los servicios de salud sexual y reproductiva en Perú [Archivo de video]. Tomado de: https://www.youtube.com/watch?v=GQoBk3IeBN8&index=10&list=PLEjE1NfZEaNlK9F8USUYTwXvD6-T8fBKf

Suárez, R. (1992). *Derecho de famili*a. Filiación. Régimen de los incapaces. Bogotá, Colombia: Temis.

Tobón, L. (2015). Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: patria potestad y autoridad parental. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, *45* (122), 153 - 173.

Torrado, H. (2014). Algunas reflexiones sobre la formación y evolución del derecho de familia en Colombia. En Bonivento, J. & Lafont, P.(directores), *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Tomo* II *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea.* Colombia Tomo II, (p.p. 103-136). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Triviño, R. (2002). *La persona y sus atributos*. Nuevo León: Universidad Autónoma De Nuevo León.

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional & Organización Internacional para las Migraciones. (2015). *Participaz ...la ruta de los derechos. Diplomado en políticas públicas para las víctimas y la construcción de la paz.* Tomado de: https://repository.oim.org.co/handle/20.500.11788/975

Universidad de los Andes. (2016). *Rechazan esterilización de personas con discapacidad*. Entrevista con Andrea Parra. Tomado de: https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/rechazan-esterilizacion-de-personas-con-discapacidad

Uprimny, R. (2.001). El bloque de Constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, 1-35.

Valencia, A. & Ortiz, Á. (1995). *Derecho civil tomo V derecho de familia.* Bogotá, Colombia: Temis.

Valencia, A. & Ortiz, Á. (2016). *Derecho civil tomo I: parte general y personas.* Bogotá: Temis.

Vallejo, G., Hernández, M. & Posso, A. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *CES, 8*(1), 3 - 21.

Velarde, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Empresa y humanismo*, *XV*(1), 115-136.

Villarreal, C. (2014). *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: lineamientos para la reforma del código civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica De Perú, Lima, Perú.

Viola, S. (2012). Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. *Cuestión de Derecho. Revista electrónica*, (3), 82 – 99.

Yance, P. [Paiis Uniandes]. (2017). ¡Discapacidad no es incapacidad! Control difuso de convencionalidad y capacidad jurídica [Archivo de video]. Tomado de: https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxvzLrGCZqNhMQDbjTpqLFZHPkTj